

Administración de Andalucía

Revista Andaluza de Administración Pública

■ 99/2017
Septiembre-Diciembre

ESTUDIOS

María Almodovar Iñesta
Algunas cuestiones técnico jurídicas sobre los protocolos contra el acoso sexual y por razón de sexo en las Universidades Públicas

M^a Dolores Rego Blanco
La Cooperativa de servicios públicos en Andalucía como modalidad de sociedad de economía mixta local

Juan Fernando Granados Rodríguez
La incidencia de la Ley de Régimen Jurídico del sector público en los convenios urbanísticos de los municipios andaluces

Carmen Martín Fernández
La Administración como responsable de infracciones contra la competencia cuando actúa como poder público

JURISPRUDENCIA

Comentarios de Jurisprudencia

La vinculación y eficacia de las actuaciones de comprobación administrativa de subvenciones. Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 22 de marzo de 2017
(Joaquín Gallardo Gutiérrez)

Notas de Jurisprudencia

CRÓNICA PARLAMENTARIA

La reforma de la Ley electoral andaluza a debate.
Crónica de un trabajo parlamentario
(Victor J. Vázquez Alonso)

CRÓNICAS Y DOCUMENTOS

El empleo público en Andalucía.
El ciudadano como núcleo esencial del Derecho Administrativo.

RESEÑA LEGISLATIVA

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME: La nueva regulación de los derechos y de la atención a las personas con discapacidad en Andalucía.
(María del Carmen Núñez Lozano)

NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS

BIBLIOGRAFÍA



ADMINISTRACIÓN DE ANDALUCÍA

REVISTA ANDALUZA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Nº 99

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

Director:

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

Secretaria:

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.*
Gamero Casado, Eduardo. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide.*
González Ríos, Isabel. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga.*
Guichot Reina, Emilio. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
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*
Civitaresse 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 CO ₂ carbono 1,62 kg CO ₂ eq | JUNTA DE ANDALUCÍA CONSEJO REGULADOR INDUSTRIA DE PAPELERÍA reg. n.º 2017/136 Más información en www.ecoedicion.es |
| 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: Servicio de Publicaciones y BOJA

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

| | |
|--|-----|
| María Almodovar Iñesta <i>Algunas cuestiones técnico jurídicas sobre los protocolos contra el acoso sexual y por razón de sexo en las Universidades Públicas.</i> | 15 |
| M ^a Dolores Rego Blanco <i>La Cooperativa de servicios públicos en Andalucía como modalidad de sociedad de economía mixta local.</i> | 51 |
| Juan Fernando Granados Rodríguez <i>La incidencia de la Ley de régimen jurídico del sector público en los convenios urbanísticos de los municipios andaluces.</i> | 89 |
| Carmen Martín Fernández <i>La Administración como responsable de infracciones contra la competencia cuando actúa como poder público.</i> | 119 |

JURISPRUDENCIA

| | |
|---|-----|
| COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA La vinculación y eficacia de las actuaciones de comprobación administrativa de subvenciones. Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Sevilla, del Tribunal Superior de Andalucía de 22 de marzo de 2017 <i>(Joaquín Gallardo Gutiérrez)</i> | 155 |
|---|-----|

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)

173

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

(Eduardo Gamero Casado)

187

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

(José L. Rivero Ysern)

215

CRÓNICA PARLAMENTARIA

La reforma de la Ley electoral andaluza a debate.

Crónica de un trabajo parlamentario

(Victor J. Vázquez Alonso)

259

CRÓNICAS Y DOCUMENTOS

| | |
|--|-----|
| El empleo público en Andalucía <i>(Federico Castillo Blanco)</i> | 269 |
| El ciudadano como núcleo esencial del Derecho Administrativo <i>(Miren Sarasibar Iriarte)</i> | 313 |

RESEÑA LEGISLATIVA

| | |
|--|-----|
| Reseña de disposiciones de la Unión Europea <i>(Lucía Millán Moro)</i> | 359 |
| Crónica normativa de la Junta de Andalucía <i>(Emilio Guichot Reina)</i> | 405 |
| Otras disposiciones de interés para la Administración Autonómica <i>(María del Carmen Núñez Lozano)</i> | 415 |

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

| | |
|--|-----|
| INFORME: La nueva regulación de los derechos y de la atención a las personas con discapacidad en Andalucía. <i>(María del Carmen Núñez Lozano)</i> | 431 |
|--|-----|

NOTICIAS DE REVISTAS AUTONÓMICAS

(Severiano Fernández Ramos) 443

RECENSIONES

VVAA. Energía y ciudades.
(Antonio Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz) 457

PAREJO ALFONSO, L. Estado y Derecho en proceso de cambios.
Las nuevas funciones de regulación y garantía del Estado Social
de soberanía limitada.
(David González Gil) 460

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA SOBRE DERECHO AUTONÓMICO
(Javier E. Quesada Lumbreras) 469

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



Algunas cuestiones técnico jurídicas sobre los protocolos contra el acoso sexual y por razón de sexo en las Universidades Públicas

María Almodóvar Iñesta

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Alicante

SUMARIO: I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS RESPECTO A LOS PROTOCOLOS FRENTE AL ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO EN LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS. 1. Justificación de este trabajo. 2. Cuestiones Generales: A. Marco Jurídico. B. Justificación de Protocolos específicos de prevención y actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo en las Universidades Públicas. C. Contenidos. D. Finalidad. E. Garantías comunes a todos los procedimientos. II. CUESTIONES TÉCNICO JURÍDICAS QUE PLANTEAN LOS PROTOCOLOS DE PREVENCIÓN Y ACTUACIÓN CONTRA EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO POR RAZÓN DE SEXO. 1. Definición de acoso sexual y acoso por razón de sexo. 2. Ámbito subjetivo de los protocolos. 3. Modalidades de procedimientos de actuación previstos en los Protocolos. 4. Aproximación de los procedimientos de resolución formal a la información reservada de un expediente disciplinario. 5. La adopción de medidas provisionales. 6. Sobre la inversión de la carga de la prueba. III. CONCLUSIONES

RESUMEN: En cumplimiento del mandato contenido en el artículo 62.1 de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, las Universidades Públicas han articulado en sus respectivos ámbitos, protocolos de actuación frente al acoso sexual o por razón de sexo, que se configuran como primer mecanismo de actuación frente a este tipo de actos. Estos instrumentos plantean una serie de cuestiones técnico-jurídicas que han sido objeto de estudio en este trabajo.

PALABRAS CLAVE: protocolos, universidades, acoso sexual, acoso por razón de sexo, inversión de la carga de la prueba.

ABSTRACT: In compliance with the mandate contained in article 62.1 of the Organic Law 3/2007 for the effective equality of women and men, the Public Universities have articulated in their respective areas, protocols of action against sexual

harassment or by reason of sex that are configured as the first mechanism of action against this type of acts. These instruments raise a series of technical-legal issues that have been the object of study in this work.

KEY WORDS: protocols, universities, sexual harassment, sex harassment, reversal of the burden of proof.

I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS RESPECTO A LOS PROTOCOLOS FRENTE AL ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO EN LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

1. Justificación de este trabajo

La Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), en su Título V “El principio de igualdad en el empleo público” y concretamente en el artículo 62.1 establece la obligación de las Administraciones Públicas de negociar con la representación legal de las trabajadoras y trabajadores, un protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

En cumplimiento de este mandato, las Universidades Públicas han articulado en sus respectivos ámbitos protocolos de actuación para estos supuestos, con un doble objetivo, por una parte prevenir, visibilizar y sensibilizar a la comunidad universitaria sobre estas cuestiones y por otra, establecer de forma clara las pautas de actuación específicas para abordar las situaciones que regulan.

En este contexto, su estudio suscita una serie de cuestiones técnico-jurídicas diversas que se han intentado plasmar en este trabajo y que se refieren fundamentalmente a los siguientes aspectos:

1. La definición de acoso sexual y acoso por razón de sexo. Aunque la LOI ofrece una definición de estas conductas que ha sido adoptada por los protocolos, resulta necesario utilizar los elementos y matices que establecen los tribunales para determinar cuando una conducta es constitutiva de acoso sexual y cuando rebasa el ámbito administrativo para convertirse en delito.

2. La diversidad de los protocolos en cuanto a su ámbito subjetivo, puesto que no todos incluyen a los mismos colectivos en su ámbito de aplicación y en consecuencia no todos ellos gozarán de la misma eficacia y de un elemento distintivo respecto a los procedimientos de prevención de riesgos laborales.

3. Las modalidades de procedimientos de actuación previstos y su idoneidad para gestionar de forma ordenada este tipo de asuntos de los que, en su caso, podría

derivarse, si existen motivos fundados para ello, el correspondiente expediente disciplinario.

4. La aproximación de los procedimientos de resolución formal previstos a la información reservada del artículo 28 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, en cuanto a su configuración como una vía previa de la que puede derivarse la incoación de un expediente disciplinario.

5. La adopción de medidas provisionales por el órgano competente para resolver, conforme a la nueva regulación del artículo 56 de la Ley 39/20151.

6. Sobre la efectiva aplicación de la inversión de la carga de la prueba del artículo 13 de la LOI y la legalidad de su aplicación a los procedimientos previstos en los mismos, así como a los posibles expedientes disciplinarios posteriores.

2. Cuestiones generales

A. Marco Jurídico

Entre las medidas para la promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres y para la protección frente al acoso sexual y por razón de sexo, el artículo 62.1 de la LOI prevé que “las Administraciones públicas negociarán con la representación legal de trabajadoras y trabajadores, un protocolo de actuación que comprenderá, al menos, los siguientes principios:

a) El compromiso de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella de prevenir y no tolerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

b) La instrucción a todo el personal de su deber de respetar la dignidad de las personas y su derecho a la intimidad, así como la igualdad de trato entre mujeres y hombres.

c) El tratamiento reservado de las denuncias de hechos que pudieran ser constitutivos de acoso sexual o de acoso por razón de sexo, sin perjuicio de lo establecido en la normativa de régimen disciplinario.

d) La identificación de las personas responsables de atender a quienes formulen una queja o denuncia².”

¹ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

² Como señala GINÈS I FABRELLAS, estos cuatro principios mínimos pueden resumirse en dos medidas preventivas y dos de procedimiento. Como medidas preventivas el compromiso de no tolerancia y

De esta forma y sin perjuicio de lo establecido en la normativa de régimen disciplinario, las Universidades han articulado en base a estos contenidos mínimos, protocolos³ de prevención y actuación para aquellos casos en que se produzca acoso sexual o por razón de sexo en sus ámbitos territoriales, e incluso algunos de ellas han incluido en su ámbito de aplicación conductas no contempladas en el mandato del artículo 62, como el acoso por orientación sexual⁴.

Resulta oportuno conectar estas previsiones con el Estatuto Básico del Empleado Público, de hecho el Proyecto de Ley de 2007 fue objeto de una enmienda que tiene como propósito incorporar los distintos supuestos de acoso previstos en el proyecto de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, recogiendo el acoso sexual y por razón de sexo⁵.

Como resultado, el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público⁶ (TREBEP) en su Exposición de Motivos afirma que “por primera vez se establece

la instrucción de los empleados, como medidas de procedimiento el tratamiento reservado de las denuncias e identificación de los responsables de atender a dichas denuncias (2006): pp.218 - 219

³ Tienen Protocolos de actuación frente al acoso sexual o por razón de sexo: Universidad de Alicante, Universidad de Valencia, Universidad del País Vasco, Universitat de Lleida, Universidad de la Laguna, Universidad de Valladolid, Universitat Politècnica de València, Universidad de Murcia, Universitat Rovira i Virgili, Universidad de Zaragoza, Universitat Ramon Llull, Universitat Pompeu Fabra, Universitat Politècnica de Catalunya, Universitat Oberta de Catalunya, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Universitat Jaume I, Universitat de Barcelona, Universitat Autònoma de Barcelona, Universidad de Sevilla, Universidad de Jaén, Universidad de Córdoba, Universidad Carlos III de Madrid, Universidad de Cádiz y Universidad de Granada, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, Universidad Autónoma de Madrid, Universidad Politécnica de Madrid, Universidad de Santiago de Compostela y Universidad de Vigo, entre otras.

⁴ Véase el Protocolo de prevención y actuación frente al acoso sexual, por razón de sexo y por orientación sexual de la Universidad de Alicante, BOUA de 3 de julio de 2015

En el preámbulo se justifica la inclusión del acoso por razón de orientación sexual en que “constituye una causa proscrita de discriminación (art.21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea).....constituyen actos de coacción que ignoran la voluntad de quien las padece, atentan contra su dignidad, niegan el respeto a su integridad física y psíquica, y convierten el sexo o la orientación sexual en objeto de hostilidad”

Protocolo de la Universidad de Lleida, que en su artículo 1 dispone “El reglamento tiene como objetivo hacer efectiva la igualdad (en dignidad) eliminando las discriminaciones y las situaciones de acoso sexual, acoso por razón de sexo y de orientación sexual y la violencia en el ámbito de pareja que se produce en la UL”

También en el Plan de Prevención de Riesgos Laborales de la Universitat Pompeu Fabra, se incluye el acoso por razón de orientación u opción sexual.

⁵ Esta enmienda se justifica como mejora técnica que “trata de contemplar los distintos supuestos de acoso y se tiene en cuenta el tenor literal del Proyecto de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, recogiendo el acoso sexual y por razón de sexo”. Enmienda núm.277 del Grupo Parlamentario Socialista, BOCG-Senado-núm.85(d), de 21 de febrero de 2007, pág 149

⁶ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

en nuestra legislación una regulación general de los deberes básicos de los empleados públicos, fundada en principios éticos y reglas de comportamiento, que constituye un auténtico código de conducta”. Así en su Título III, Capítulo I, al enumerar los derechos de los empleados públicos, reconoce el derecho “al respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral”. Más adelante, en el Capítulo VI titulado *Deberes de los empleados públicos. Código de conducta*, prevé que “los principios y reglas establecidos en este Capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos”⁷ y a continuación como principio ético establece que “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”. En coherencia con todo ello, el artículo 95.2.b) del TREBEP, tipifica como falta muy grave “toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo”, aunque no ofrece una definición de estas conductas.

En consecuencia y sin perjuicio de las previsiones respecto a las pautas de actuación específicas dispuestas en los protocolos, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo son conductas tipificadas como infracción muy grave por el TREBEP y en su caso como delito cuando se cumplan los requisitos previstos en el artículo 184 del Código Penal.

B. Justificación de Protocolos específicos de prevención y actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo en las Universidades Públicas

Los protocolos de actuación frente al acoso sexual en las Universidades, se configuran como un instrumento, que persigue un doble objetivo en el ámbito de las relaciones laborales y académicas; por una parte evitar y tratar de prevenir cualquier situación de acoso, y por otra articular un procedimiento que permita actuar, con todas las garantías, siempre que se produzca una situación de acoso sexual, o en su caso, acoso por razón de sexo.

Una de las cuestiones que nos planteamos, es la necesidad de adoptar protocolos específicos para la prevención del acoso sexual o si sería suficiente el tratamiento

⁷ Artículo 52, párrafo 2º

de esta cuestión en otro tipo de normas como las relativas a la prevención de violencia en el trabajo o riesgos psicosociales. Al respecto, la doctrina mayoritaria entiende que incluir el acoso sexual dentro de un marco más genérico, conllevaría a su invisibilización y dificultaría la concienciación en torno a esta problemática, lo que no impide que se complementen con medidas preventivas contra los riesgos psicosociales que incluyan el acoso sexual para conseguir una política de prevención eficaz⁸. En la actualidad, la mayoría de Universidades ha seguido esta vía y han aprobado protocolos específicos en materia de acoso sexual, de esta forma se visibiliza un problema al que la Universidad no es ajena, ofreciendo una mayor seguridad jurídica, en cuanto que se articula el procedimiento que se seguirá en estos casos, garantizando como mínimo los principios previstos en el artículo 62.1 de la LOI.

Otra cuestión importante es el instrumento jurídico adecuado para aprobarlos y dotarles de carácter normativo. Se trata de normas reglamentarias aprobadas por el órgano de gobierno de cada Universidad, que en la mayor parte de los casos es el Consejo de Gobierno. De este modo quedan vinculados al mismo todos los colectivos incluidos en su ámbito de aplicación (funcionarios públicos, personal laboral, estudiantes) en el marco de su relación especial de sujeción con la Universidad. En cuanto al lugar que ocupan en el ordenamiento jurídico, resaltar que se trata de normas reglamentarias que establecen pautas de actuación específicas frente a conductas que lesionan derechos fundamentales y que se articulan siguiendo el mandato del artículo 62.1 de la LOI. En consecuencia, tienen un papel complementario respecto a la normativa relativa a estas conductas, desarrollando y adaptando la misma a la realidad concreta de cada Universidad

C. Contenidos

Aclarada la procedencia de instrumentos específicos en esta materia, cabe plantearse cual debe ser el contenido de los mismos, al respecto señalan BODELÓN GONZÁLEZ y GALA DURÁN⁹ que aunque lo deseable hubiese sido que la LOI identificara de forma clara los mecanismos de prevención de los que se deben dotar las administraciones, lo cierto es que no lo hace, por lo que la mayoría de protocolos han incluido como medidas de prevención las indicadas por el Código de Conducta de la Comisión Europea para combatir el acoso sexual¹⁰: a) formulación de una declaración de principios que concrete los derechos de los trabajadores y definición

⁸ PUMAR BELTRÁN (2015): p.278

⁹ BODELÓN GONZÁLEZ y GALA DURÁN (2014): p.101

¹⁰ Recomendación 1992/131/CEE, de 27 de noviembre, de la Comisión de las Comunidades Europeas, sobre la protección y dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo. Anexo sobre protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo.

de conceptos, b) comunicación de la declaración de principios, c) políticas para la asunción de responsabilidades y d) formación¹¹.

A estas medidas se suman otras como la evaluación del entorno laboral¹², con la inclusión de encuestas que permitan detectar estas situaciones de acoso y el seguimiento de la aplicación de los protocolos, creando a este efecto registros estadísticos de los casos tramitados sin revelar los datos de las personas afectadas. Y en todos ellos, se articulan los procedimientos de actuación en supuestos que pudieran ser constitutivos de acoso sexual incluyendo los contenidos mínimos procedimentales previstos por el artículo 62 de la LOI, garantizando el tratamiento reservado de las denuncias y facilitando la identificación de las personas responsables de atender a quienes formulen las mismas.

D. Finalidad

Además de establecer medidas preventivas, los protocolos universitarios de actuación frente al acoso sexual o por razón de sexo se configuran como primer mecanismo de actuación frente a este tipo de actos, proporcionando una vía preestablecida de solución a la situación planteada.

Muchos de ellos han sido influenciados por la formulación del protocolo de la Administración General del Estado¹³ que insiste en que la actuación debe ser lo más temprana posible para que produzcan el menor efecto sobre quienes las sufren y se sancione a quienes la producen, disponiendo una serie de aspectos comunes como una declaración de compromisos y la configuración de las unidades responsables para la programación de la formación e información.

En este contexto, cada Universidad ha diseñado un procedimiento de actuación propio con perfiles diversos en cuanto al ámbito subjetivo, desarrollo del procedimiento y estructuras competentes. En la mayoría de casos, se configura la mediación como primera vía de solución y en caso de no ser viable dará lugar a un procedimiento formal ante un órgano instructor que decidirá sobre la existencia de acoso, que propondrá a los órganos ejecutivos las medidas procedentes, inclusive, en su caso, la incoación de un expediente disciplinario por falta muy grave.

¹¹ Vid. GINÈS I FABRELLAS (2006): p.216

¹² Protocolo de la Universidad de Alicante, Protocolo de la Universidad de La Laguna, Universidad de Valladolid, Protocolo de la UNED.

¹³ Resolución de 28 de julio de 2011, de la Secretaria de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba y publica el Acuerdo de 27 de julio de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre el Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en el ámbito de la Administración General del Estado y de los Organismos Públicos vinculados a ella. BOE núm.189, de 8 de agosto de 2011

E. Garantías comunes a todos los procedimientos

Los protocolos identifican una serie de principios que con diferentes finalidades deben fundamentar los procedimientos de actuación, de éstos los más reiterados son:

Confidencialidad que alcanza a la identidad de todas y cada una de las personas que intervengan en el procedimiento y de la información que se derive del mismo, tanto en el proceso de investigación como después de finalizado el mismo. Para ello, se incluyen diversas medidas como la asignación de códigos numéricos de identificación de las partes, la solicitud de registro de denuncia acompañada de sobre cerrado con el lema “confidencial”, la custodia de toda la documentación por una única unidad, indicación expresa a los implicados del deber de custodia o consulta de actas *in situ*.

En la práctica, no resulta fácil garantizar esa confidencialidad, de hecho y a pesar de la previsión de asignar códigos numéricos, en el supuesto de seguir el procedimiento de resolución, la comisión encargada tendrá que conocer la identidad de las partes y practicar cuantas actuaciones estime oportunas, entre ellas, llamar a testigos que necesariamente tienen que conocer de la identidad de las partes y que aun siendo informados de este deber puede que no lo cumplan. No se incluyen en los protocolos ni la firma de una cláusula de confidencialidad para cada uno de los sujetos que intervengan en el procedimiento, ni la correspondiente sanción disciplinaria en caso de incumplimiento de la misma con cobertura legal en el artículo 95.2.a) del EBEP¹⁴.

Desde esta perspectiva, sería conveniente que todos los Protocolos incluyesen medidas concretas dirigidas al cumplimiento de esta garantía, que conforme a la estructura del procedimiento podrían ser:

1. Presentación de la denuncia, entendiendo que ya en este momento se debe preservar la confidencialidad. Para ello, debemos distinguir si es escrita o verbal. En el primer caso, resultan convenientes previsiones que permitan su presentación, bajo la mención expresa de “confidencial” y en sobre cerrado¹⁵. En el supuesto de ser verbal, sería oportuna la firma de una cláusula de confidencialidad por el denunciante que preserve la dignidad e intimidad del denunciado.

¹⁴ El artículo 95.2.e) EBEP, tipifica como infracción muy grave “La publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función”

¹⁵ Este modelo es seguido por los Protocolos de pocas Universidades, entre ellas la Universidad de Alicante.

2. En el momento de recepción de la denuncia por el órgano competente

En este momento, el órgano competente para la recepción debería asignar códigos numéricos identificativos que permitan preservar la identidad, tanto al denunciante como de la persona que presuntamente ha llevado a cabo el acoso¹⁶, de esta forma toda la documentación contenida en el expediente se generará con los códigos identificativos, omitiéndose, en cualquier caso, la identidad nominal de las partes implicadas en el procedimiento. Evidentemente, los miembros del órgano colegiado que tramiten el procedimiento y las personas que participen en el mismo conocerán de la identidad de estos sujetos, por lo que serán informados de su deber de confidencialidad y de las consecuencias de su incumplimiento conforme al artículo 95.2.e) del EBEP.

A partir de la recepción de la denuncia comienza a generarse documentación que deberá ser custodiada y archivada por un órgano determinado previamente; de modo que cualquier consulta de la misma, se realizará in situ, garantizando que ningún documento salga de las dependencias del órgano designado¹⁷.

3. Durante la tramitación del procedimiento

En los protocolos se genera documentación, que en todo caso identificará a las partes a través de códigos numéricos y que será remitida al órgano competente para custodiar la documentación al final de cada sesión, a través de sobre cerrado que contendrá el número del expediente y la mención de confidencial.

Además, sería conveniente que la intervención de cualquier persona en el procedimiento se realice bajo la firma de una cláusula de confidencialidad que recordase la vigencia de esta obligación durante y después de la finalización del mismo.

4. Finalizado el procedimiento

Se mantiene la obligación de confidencialidad respecto a la identidad de todas las personas que han intervenido y de la información derivada del mismo¹⁸. De modo que esta información deberá ser custodiada por el órgano designado por cada Universidad para este fin.

¹⁶ Medida adoptada en los Protocolos de la Universidad de Alicante y Universidad de Valencia.

¹⁷ A estos efectos la Universidad de Alicante designa a la Dirección de la Unidad de Igualdad. En otras Administraciones, el Protocolo de actuación frente a las situaciones de acoso sexual, acoso por razón de sexo y acoso laboral en el Tribunal de Cuentas (aprobado por el Pleno el 23 de diciembre de 2013), crea un Órgano para la tramitación de asuntos confidenciales

¹⁸ La extensión de esta garantía una vez finalizado el procedimiento se contempla expresamente en el artículo 14.a) del Protocolo de la Universidad de Alicante

La publicación o utilización indebida de esta documentación o información será constitutiva de infracción muy grave conforme al EBEP, en aquellos supuestos en los que el sujeto infractor sea empleado público.

En el caso de los alumnos que sean llamados a intervenir en un procedimiento como testigos, resulta muy importante la firma de una cláusula de confidencialidad por la que se obliguen a su cumplimiento, puesto que el vigente Reglamento de Disciplina Académica de 1954 no tipifica ninguna infracción con este perfil.

Respeto, *protección de la dignidad e integridad de las personas afectadas y prohibición de represalias*, la protección suele alcanzar a todas las personas participantes en el procedimiento¹⁹ y se prevé la adopción de medidas disciplinarias contra quien las haya llevado a cabo en gran parte de los protocolos.

Diligencia y celeridad, resultan garantías reiteradas y, como las anteriores también son recogidas en el Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en el ámbito de la Administración General del Estado y de los Organismos Públicos vinculados a ella.

Imparcialidad y contradicción, la mayor parte de protocolos cuando se refieren a la resolución mediante procedimiento formal garantizan el derecho de audiencia imparcial de cada una de las partes, necesaria para que el órgano competente pueda resolver.

II. CUESTIONES TÉCNICO JURÍDICAS QUE PLANTEAN LOS PROTOCOLOS DE PREVENCIÓN Y ACTUACIÓN CONTRA EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO POR RAZÓN DE SEXO

1. Definición de acoso sexual y acoso por razón de sexo

La definición de acoso sexual y acoso por razón de sexo que contemplan los Protocolos es la recogida en los artículos 7.1 y 7.2 de la LOI, de este modo, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, se entiende por:

“Acoso sexual, cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se cree un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

¹⁹ En este sentido el artículo 2.1.c) del Protocolo de la Universitat Politècnica de València, aclara que “esta garantía se establece igualmente respecto a terceras personas que formalmente faciliten información o testifiquen en alguna fase del procedimiento”

Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”

Algún Protocolo como el de la Universidad de Alicante, incluye en su ámbito objetivo el acoso por razón de orientación sexual (o identidad de género) que define en base a los artículos 14 y 9.2 de la Constitución y el artículo 21 de la Carta de Niza, como “cualquier comportamiento realizado en función de la orientación sexual de la persona (o la identidad de género) con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”.

En otros, se incluyen situaciones que pueden considerarse ejemplos de acoso²⁰ o se añaden conductas calificadas como inapropiadas de tipo sexual o basadas en el sexo de las personas²¹.

En cualquier caso, el órgano con competencia para incoar el procedimiento, tendrá que realizar una valoración previa de la denuncia para decidir si inicia el procedimiento previsto por apreciar una situación que podría ser calificada como acoso, y en caso de ser así, el competente para tramitarlo, deberá emitir un informe de conclusiones que elevará al Rector y en el que deberá proponer alguna de las siguientes alternativas:

- a) Archivo del expediente por falta de objeto o insuficiencia de indicios
- b) Poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, si la conducta pudiese ser constitutiva de delito
- c) La incoación de un expediente disciplinario cuando se considere que concurren indicios suficientes de acoso sexual, por razón de sexo, o en su caso, por orientación sexual.

Desde esta perspectiva, resulta especialmente relevante la doctrina y la jurisprudencia relativas al acoso sexual, tanto en la vertiente penal como en el ámbito sancionador administrativo, puesto que los Protocolos se configuran como un primer

²⁰ El Protocolo de la Facultad d’Economia i Empresa de la Universitat de Barcelona, se refiere a situaciones concretas como hacer insinuaciones sexuales o comentarios denigrantes u obscenos de carácter sexista o por razón de orientación sexual; hacer presión para concretar citas o encuentros sexuales en el entorno universitario o fuera de él; escribir cartas, notas, mensajes electrónicos u otro tipo de mensaje texto de contenido sexual o de carácter ofensivo, etc..

También la Universidad de la Laguna que en su Anexo II recoge “definiciones y clasificaciones orientativas de conceptos relacionados con el acoso sexual y el acoso sexista”.

²¹ En el Protocol per a la detecció, prevenció i actuació en els supòsits d’assetjament laboral, assetjament sexual i assetjament per raó de sexe a la Universitat Jaume I de Castelló, art.4.6

filtro para derivar el problema denunciado a cualquiera de las alternativas enunciadas anteriormente

En este sentido, el Tribunal Constitucional manifiesta que *“para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, se grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto. En efecto, la prohibición del acoso no pretende en absoluto un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no sólo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo. En tal sentido, la práctica judicial de otros países pone de manifiesto que ese carácter hostil no puede depender tan sólo de la sensibilidad de la víctima de la agresión libidinosa, aun cuando sea muy de tener en cuenta, sino que debe ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso, como la intensidad de la conducta, su reiteración, si se han producido contactos corporales humillantes o sólo un amago o quedó en licencias o excesos verbales y si el comportamiento ha afectado al cumplimiento de la prestación laboral, siendo por otra parte relevantes los efectos sobre el equilibrio psicológico de la víctima para determinar si encontró opresivo el ambiente en el trabajo. Así, fuera de tal concepto quedarían aquellas conductas que sean fruto de una relación libremente asumida, vale decir previamente deseadas y, en cualquier caso, consentidas o, al menos, toleradas”*²²

El TC sigue el criterio establecido por la Comisión Europea en su Recomendación de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, que exige la concurrencia de dos elementos para que una conducta pueda calificarse como acoso sexual: en primer lugar, debe tratarse de un comportamiento físico o verbal grave capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato y un segundo componente de rechazo por parte de la víctima que ponga de manifiesto su carácter de indeseado²³.

En cuanto a las conductas subsumibles en el tipo de infracción administrativa de acoso sexual no hay demasiada jurisprudencia. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se ha pronunciado en varias ocasiones en el mismo sentido *“el acoso sexual viene definido como un comportamiento que suponga perseguir, apremiar o importunar a alguien con molestias o requerimientos de índole sexual en el seno de una relación de superioridad laboral, docente o análoga, entre las que cabe incluir las relaciones de prestación de servicios habituales o continuadas...Interesa destacar, en estadio de la argumentación, que el acoso sexual, al constituir un atentado a la libre decisión de no verse involu-*

²² STC 224/1999, de 13 de diciembre; STC 136/2001, de 18 de junio

²³ Al respecto MOYA AMADOR (2015): p.682

crado en una relación, requerimiento o molestia de índole sexual indeseada, está afectando a la esfera íntima de la persona, cuya protección proclama el artículo 18.1 de la Constitución, siendo igualmente un reflejo de su dignidad, enfatizado en el artículo 10 de la propia Norma Fundamental... Así, el comportamiento continuado del Sr.X suponía para quienes lo sufrían una actitud molesta o agresiva para su dignidad e intimidad, lo que resulta suficiente para calificar su actitud, de acoso sexual, y ello aunque no haya habido una agresión física hacia alguna de las personas referidas o no se produjera entre personas en situación de jerarquía, porque se trató en todo caso de proposiciones o gestos rechazables, indeseables y molestos, para quienes tenían que soportarlos”²⁴

Podría deducirse de este planteamiento que el acoso sexual queda circunscrito a supuestos que se produzcan en el seno de una relación laboral o una relación jurídica de dicha naturaleza. El citado Tribunal rechaza este planteamiento y aclara que “ya en la tipificación del acoso sexual en el Derecho Penal Español, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, dispuso, en su artículo 184, una formulación de dicho comportamiento delictivo en la que no sólo se aludía al prevalimiento de una situación de superioridad laboral, sino que se incluían también en su seno situaciones de prevalimientos en otras relaciones distintas de superioridad como eran la “docente”, añadiéndose, incluso, que tal superioridad podía darse en situaciones “análogas”. Resulta, además, que se abunda en esta formulación en la reforma que del precepto reseñado se acometió por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en la que se alude, en el tipo básico, a una relación “laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual”.²⁵

Por otra parte, la tipificación del acoso sexual en el Código Penal plantea la cuestión de cuándo la conducta desborda el ámbito administrativo para adentrarse en el ámbito penal. Las manifestaciones más graves se tipifican en el artículo 184 del Código Penal que dispone:

“1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que

²⁴ STSJ de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) Sentencia núm.10430/2010 de 16 de diciembre. En este mismo sentido STSJ 1623/2009 del TSJ de Madrid de 24 de julio de 2009

²⁵ Fundamento de Derecho Segundo, STSJ de Madrid, núm.10430/2010

aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses.

3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo.”

Al respecto el Tribunal Supremo ha puntualizado los requisitos típicos de este delito, exigiendo:

“a) Una relación entre denunciante y acusado que debe tener una naturaleza de trabajo profesional de prestación de servicios que constituyó el contexto o ámbito del comportamiento imputado. Ni siquiera se requiere que el sujeto activo del delito ostente condición alguna de superioridad respecto a la víctima. Lo que el tipo penal protege es el derecho a desempeñar la actividad en un entorno sin riesgo para su intimidad y libertad.

b) El comportamiento típico consiste en una directa e inequívoca solicitud a la víctima de comportamientos cuya administración le corresponde en su autonomía sexual. Es de subrayar que esa solicitud no tiene que ser necesariamente verbalizada, bastando que se exteriorice de manera que así pueda ser entendida por la persona destinataria. Y basta, para que la actitud requirente sea típica, que se produzca no obstante el rechazo del destinatario o destinataria. De tal suerte que el delito se consuma desde su formulación, de cualquiera manera que sea, si le sigue el efecto indicado, pero sin que sea necesario que alcance sus objetivos. Es más, de alcanzarlos, podría dar lugar a responsabilidades de otro tipo penal.

c) La víctima debe pasar a una situación que debe objetivamente considerarse no solamente de indudable hostilidad, sino humillante y generadora de temor. No requiere el tipo penal que la víctima sucumba y padezca más trastornos que la mera ubicación en una situación que merezca aquellas calificaciones.

d) Se requiere que el temor y la humillación, así como la hostilidad, tuvieron objetivamente como causa el comportamiento del acusado.”²⁶

En cuanto al tipo agravado, del artículo 184.2 del Código Penal, también se ha pronunciado la jurisprudencia requiriendo la presencia de tres elementos:

“a) que se soliciten favores de naturaleza sexual. Este requisito queda cumplido cuando media petición de trato o acción de contenido sexual que se presente seria e inequívoca, cualesquiera que sea el medio de expresión utilizado, cuando dicha conducta resulta indeseada, irrazonable y ofensiva para quien la sufre;

²⁶ ATS, Sala de lo Penal 4908/2015, en este mismo sentido STS 1335/2011 de 26 de abril

b) que el sujeto se prevalezca de una situación de superioridad laboral, docente o análoga;

c) que anuncie al sujeto pasivo, de modo expreso o tácito, que de no acceder puede causarle un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación.

*A estos elementos habrá que añadir, al no ser posible la conducta imprudente, que el dolo del sujeto abarque todos los componentes que se dejan reseñados y especialmente el aprovechamiento consciente de su situación de superioridad*²⁷

En estos parámetros, conviene tener en cuenta como señalan MORALES PRATS Y GARCÍA ALBERO²⁸ que el ámbito de sujetos activos del tipo básico no aparece recortado, no sólo desde la perspectiva del sexo, sino tampoco desde la posición que ocupen en la relación laboral, docente o de prestación de servicios. Puntualizan que puede existir una relación vertical entre acosador y acosado pero no un peligro en las condiciones laborales, docentes o de la prestación del servicio, en cuyo caso aunque la situación de la víctima pueda considerarse objetiva y gravemente humillante procederá la aplicación del tipo básico y no del tipo cualificado. También advierten que son posibles los acosos por personas en situación de inferioridad, por ejemplo de alumno a un profesor en contextos como el aula, en estos casos en función de la obstinación y reiteración de las solicitudes puede producirse una situación gravemente humillante u hostil para el profesor.

Por lo que se refiere a la acción típica, se limita a exigir la solicitud de favores sexuales a través de cualquier vía o canal, por lo tanto como señala la doctrina²⁹, dicha solicitud podrá ser verbal, escrita o incluso gestual y debe causar en la víctima una situación que pueda ser calificada objetivamente de hostil, humillante o intimidatoria. De este modo, el ilícito penal excluye por una parte solicitudes o insinuaciones que puedan quedar justificadas en un entorno de confianza o amistad en el terreno laboral, así como aquellos supuestos en los que no quepa inferir una solicitud de favor sexual como “chistes, indirectas, sarcasmos, miradas lascivas, incluso pequeños contactos físicos innecesarios (dar palmadas, tocar en partes no íntimas o con significación sexual), despliegue de fotos pornográficas, etc.”³⁰.

Esto no significa que este tipo de conductas queden impunes. Entendemos que éste precisamente, será el ámbito del derecho administrativo sancionador que rebasará al ámbito penal si el comportamiento reúne los requisitos de acción típica previstos y que exigen la solicitud de favor sexual en el entorno laboral, docente o de

²⁷ STS 5157/2000 de 23 de junio

²⁸ MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO (2009): pp.323 y sg.

²⁹ Idem, pág.324

³⁰ Idem, pág.325

prestación de servicios y la creación de una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante.

Respecto a este último requisito descansará básicamente la determinación de lo punible en este ámbito³¹ y evidentemente dependerá de las circunstancias de cada caso. Como señala ORTS BERENGUER³² una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil y humillante exige que sea real a los ojos de un observador medio y de relevancia suficiente para incidir en la toma de decisiones del sujeto pasivo y colocarlo en un entorno en el que difícilmente puede desenvolverse con libertad y tranquilidad. En este sentido, MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO³³ distinguen entre acoso “horizontal” en el que será necesario el rechazo inequívoco de la víctima y una actitud persistente y abrumadora por el solicitante una vez conocida la negativa del receptor, de un acoso “vertical” en la que no se precisa esa persistencia puesto que la relación de poder constituye un factor preponderante, capaz de generar dicho estado con una sola solicitud.

En cuanto a los tipos cualificados el artículo 184.2, exige abuso de situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación. Mientras que el artículo 184.3 se refiere a supuestos en los que la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación.

Bajo estas coordenadas y en el contexto de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, que es el que nos ocupa, lo que permitirá deslindar el delito de la infracción administrativa, será la existencia de una solicitud de favor sexual que además genere una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, lo que dependerá según los casos, de la persistencia y modos de la solicitud, del grado de prevalencia del solicitante y de la influencia del clima creado en el receptor.

En cuanto al acoso por razón de sexo, se trata de una conducta definida en los protocolos, tipificada como infracción administrativa en el artículo 95.2.b) del TREBEP³⁴, siempre unida al acoso sexual. Su definición como cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo, se conecta en la mayoría de casos con supuestos de trato desfavorable relacionados con el embarazo, la maternidad y la paternidad que tendrán una dimensión laboral regida

³¹ Idem, pág.326

³² ORTS BERENGUER (2015): p.233

³³ MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO (2009): p.326

³⁴ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público

según los casos por el Derecho Administrativo o por el Derecho del Trabajo y que en caso de no ser solventado por los procedimientos establecidos en los Protocolos derivará en un proceso judicial.

2. Ámbito subjetivo de los protocolos

En el ámbito subjetivo de aplicación de los protocolos universitarios, se presenta una cierta diversidad, según el acoso sexual se aborde desde la perspectiva de los riesgos laborales o como un problema de discriminación que requiere una mayor concreción de medidas de actuación. Algunas Universidades como la UNED, la Universidad de Murcia o la Universidad de Valladolid, no incluyen en su ámbito de aplicación a los estudiantes, en cuanto que contemplan sus protocolos como una medida preventiva y reparadora de salud laboral, entendiéndolo el acoso como un riesgo laboral de carácter psicosocial. Otras Universidades, inscriben los protocolos en sus políticas de género, concretamente como acción para la prevención, detección y resolución de situaciones de acoso, separando los que se refieren a prevención y actuación frente al acoso sexual de los procedimientos de prevención de riesgos laborales y argumentando que el acoso sexual y el acoso por razón de sexo puede producirse entre pares o entre colectivos diferentes³⁵.

De esta forma, las Universidades que incardinan sus protocolos de acoso como una medida de salud laboral, no siempre amparan a los mismos sujetos. En el caso de la Universidad de Valladolid y la UNED contemplan como personas protegidas al personal docente e investigador (PDI) y al de administración y servicios (PAS) que preste sus servicios en la Universidad, colectivo de becarios, personal en formación y personal contratado en proyectos de investigación vinculados a la Universidad, cuando desarrollen su actividad dentro del ámbito organizativo de la misma y personal de empresas contratadas, siempre que presten sus servicios en la misma y resulte implicado personal propio de la Universidad³⁶. Sin embargo, el protocolo de la Universidad de Murcia solo incluye en su ámbito de aplicación a empleados públicos y becarios que desarrollen su actividad en ella.

Por su parte, otras universidades han contemplado un ámbito subjetivo más amplio y además de los colectivos anteriores, incluyen a personas que bajo la dependencia jurídica de un tercero presten sus servicios en ellas, autónomos y estudiantes.

³⁵ Protocolo de prevención y actuación frente al acoso sexual, por razón de sexo y por orientación sexual de la Universidad de Alicante, Preámbulo, apartado II y III. Siguiendo este mismo criterio Universidad Politécnica de Valencia, Universitat de Lleida, Universidad de La Laguna, Universidad de Cádiz, Universidad Carlos III de Madrid, Universidad de Jaén, Univesitat Jaume I, Universidad del País Vasco, entre otras.

³⁶ Protocolo de actuación en materia de acoso de la UNED y Protocolo de actuación en materia de prevención e inhibición del acoso en el ámbito laboral de la Universidad de Valladolid.

En este último caso, los protocolos se constituyen en una herramienta realmente eficaz no solo en el ámbito laboral sino también en el entorno académico, cultural, deportivo y/o de servicios de cada Universidad, amparando situaciones muy diversas, acoso entre pares, entre profesor/alumno, entre alumno/profesor, alumno/PAS, PAS/alumno, becario/alumno, alumno/becario, etc..

Quizás el supuesto que queda más lejos de la intervención de la Universidad sería el de acoso en el que ambas partes son personal de empresas que presten sus servicios en el ámbito de la misma. Para estos casos, los protocolos más recientes, han previsto que se sigan los cauces ordinarios y que el informe de conclusiones sea trasladado por el Rector a la empresa para que se adopten las medidas oportunas en el ámbito de cada organización³⁷. También, en el supuesto en el que una de las partes sea alumno, PDI o PAS y la otra personal externo, en este caso se tendrán que activar los mecanismos oportunos de coordinación empresarial para la aplicación del respectivo procedimiento y las medidas correctoras oportunas en el ámbito de cada una de ellas³⁸.

De este modo, teniendo en cuenta las diversas posibilidades subjetivas contempladas en los protocolos, podemos hablar de diferentes tipologías de acoso en cuanto a los sujetos:

a) Acoso sexual o por razón de sexo entre estudiantes y por estudiantes a otro colectivo, desde esta perspectiva como señala RIVAS VALLEJO³⁹, el marco legal que habilitaría a la Universidad para la adopción de medidas de tutela frente al acoso de este colectivo podría ser el artículo 25.1 de la Ley 3/2007 (LOI) que dispone que “las Administraciones educativas garantizarán un igual derecho a la educación de mujeres y hombres a través de la integración activa, en los objetivos y en las actuaciones educativas, del principio de igualdad de trato, evitando que, por comportamientos sexistas o por los estereotipos sociales asociados, se produzcan desigualdades entre mujeres y hombres”. Una interpretación amplia de este artículo permite incluir en el ámbito subjetivo de los Protocolos al personal docente, al personal de administración y servicios y a los alumnos, siendo la inclusión del alumnado el elemento fundamental que diferencia este tipo de protocolos de los que contienen los procedimientos de prevención de riesgos laborales ante determinadas situaciones de riesgo psicosocial.

Al margen de este tipo de actuación, el acoso entre estudiantes universitarios no cuenta con una referencia normativa propia, el todavía vigente Reglamento de

³⁷ Protocolos de actuación frente al acoso sexual de la Universidad de Alicante y Universidad Politécnica de Valencia

³⁸ Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo de la Universidad Politécnica de Valencia

³⁹ RIVAS VALLEJO (2015): p.464

disciplina académica de 1954⁴⁰ en su artículo 5.3 tipifica como infracción muy grave “la ofensa grave, de palabra u obra, a compañero, funcionarios y personal dependiente del Centro” en las que podrían tener encaje este tipo de conductas. Si bien lo deseable será que se apruebe el Proyecto de Normativa de convivencia y disciplina académica⁴¹ de la enseñanza universitaria que tipifica explícitamente los diferentes tipos de acoso como infracción muy grave.

b) Acoso por docentes a otros colectivos y entre docentes, en este acoso se integraría también aquel en el que la víctima es un o una estudiante y acosador un docente, supuesto acuñado como “docenting”⁴² y que goza de mayor difusión y escándalo en los medios⁴³. Estos casos encajarían en el terreno del trabajo y gozan de tipificación específica en el Derecho Administrativo, en el Derecho del Trabajo y en su caso en el Derecho Penal⁴⁴.

c) Acoso por personal de administración y servicios a otros colectivos o entre ellos, que como en el supuesto anterior gozan de tipificación específica en el ámbito del Derecho Administrativo, en el Derecho del Trabajo y en su caso en el Derecho Penal.

d) Acoso entre personal de empresas que prestan sus servicios en la Universidad y cuyo terreno será el del Derecho del Trabajo.

3. Modalidades de procedimientos de actuación previstos en los Protocolos.

Algunos protocolos contemplan la mediación como único procedimiento para la resolución de conflictos y prevención del acoso, por ejemplo la Universidad de Murcia la configura como mecanismo para evitar el “enraizamiento de situaciones que, de persistir, podrían perturbar la prestación del servicio público o afectar a los derechos de las personas”. Desde esta perspectiva el protocolo garantiza el derecho a invocar la mediación, así como, en su caso, a denunciar las eventuales situaciones de acoso ilícitas y, en consecuencia, este procedimiento se utilizará únicamente para situaciones denominadas de “conflicto interpersonal” y que no implican la existencia de ilícito penal o disciplinario.

⁴⁰ BOE núm.285 de 12/10/1954

⁴¹ <https://web.ua.es/coseg/documentos/borrador-anteproyecto-lcda.pdf>

⁴² RIVAS VALLEJO (2015): p.468

⁴³ http://www.lespanol.com/espana/sociedad/20170129/189731482_0.html

http://politica.elpais.com/politica/2017/01/22/actualidad/1485087608_275751.html

⁴⁴ STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm.1324/2012; Sentencia núm.29/2012 del Juzgado de lo Social de Vitoria; Sentencia del Juzgado de lo Social de Castellón de la Plana núm.2/2016

No obstante, ésta no suele ser la fórmula habitual y en su mayoría los protocolos diferencian dos situaciones:

a) Resolución mediante procedimiento informal. Se trata de supuestos en los que la resolución mediante diálogo es viable. Se prevé, para aquellos casos, en los que no hay una situación que pueda calificarse como acoso sexual⁴⁵ pero que podría acabar siéndolo si no se actúa, para ello se designará un mediador. Este tipo de solución no busca un diagnóstico con unas consecuencias jurídicas, sino una mediación, de modo que el protocolo se convierte en un instrumento para la resolución del conflicto⁴⁶.

La utilización de esta vía queda sujeta al consentimiento previo de ambas partes, pudiendo actuar como mediador tanto personal propio de la Universidad, como externo con formación específica en materia de mediación y suele exigir el seguimiento de los acuerdos alcanzados para comprobar su efectivo cumplimiento.

b) Resolución mediante procedimiento formal; con carácter alternativo o consecutivo al anterior, es decir, cuando no haya sido posible solucionar el conflicto mediante diálogo, o se hubiera decidido inicialmente seguir este cauce. En estos casos, sí se busca determinar si existe acoso y en su caso, adoptar las consecuencias jurídicas correspondientes.

En este tipo de procedimiento, será un órgano colegiado o unipersonal, normalmente de carácter técnico, el que realice las actuaciones necesarias para la determinación y esclarecimiento de los hechos y proponga al Rector las posibles alternativas: archivo del expediente que ha provocado la denuncia por falta de objeto o insuficiencia de indicios; denuncia ante los órganos jurisdiccionales, si la conducta pudiera ser constitutiva de delito o la incoación de un expediente disciplinario cuando los hechos pudieran encajar en conducta tipificada como infracción administrativa. Por lo tanto, el objeto de este procedimiento es decidir si existe acoso y, en su caso, proponer al órgano ejecutivo correspondiente, normalmente el Rector, la adopción de las medidas procedentes, incoación de expediente disciplinario, adopción de medidas cautelares, etc..⁴⁷.

Respecto a estos procedimientos GAMERO CASADO⁴⁸ destaca su adecuación en orden a gestionar los expedientes de acoso que se susciten, debido a la dificultad asociada a la tramitación de expedientes disciplinarios y al escrutinio público que puede generar su incoación. Este tipo de inconvenientes, se pueden solventar con

⁴⁵ Sobre la escala de acoso sexual e interacción social de contenido sexual en el ámbito universitario, vid FERRER-PÉREZ y BOSCH-FIOL (2014): pp.480 y sg.

⁴⁶ GAMERO CASADO (2011): p.113

⁴⁷ *Ibidem*, pág.114

⁴⁸ *Ibidem*

estos instrumentos, que bajo un criterio de prudencia, prevén una gestión ordenada de los asuntos que se plantean, pudiendo derivarse, si existen motivos fundados para ello, el correspondiente expediente disciplinario.

Por último, señalar respecto a la resolución de estos procedimientos formales, que los protocolos prevén, que una vez tramitados, el órgano unipersonal o colegiado según los casos, emitirá un informe de conclusiones que elevará al órgano ejecutivo correspondiente, en la mayoría de casos el Rector, que dictará resolución. Sin embargo, no contemplan los recursos posibles frente a la misma. Aunque la aplicación de los recursos previstos en los artículos 121 y siguientes de la Ley 39/2015 pueda resultar obvia, hubiese resultado conveniente dada la heterogeneidad de sujetos destinatarios, que se recogiese una breve mención a los mismos en estas normas, diferenciando según el órgano que resuelva entrealzada y reposición.

4. Aproximación de los procedimientos de resolución formal a la información reservada de un expediente disciplinario

Como ya se ha indicado, la mayoría de protocolos prevén la resolución mediante diálogo y por procedimiento formal, como mecanismos de resolución, sucesivos. La resolución mediante diálogo, en algunas normas, se contempla como primera instancia, y en caso de frustrarse desembocaría en la resolución mediante procedimiento formal⁴⁹. En otras, se contempla como solución para situaciones que no pueden calificarse como acoso sexual pero podrían acabar siéndolo, siguiéndose el procedimiento formal, únicamente en aquellos casos en los que pueda haber una situación de acoso, con el fin de constatar la existencia de indicios de falta disciplinaria o delito e iniciar, en su caso, el correspondiente expediente disciplinario. Desde esta perspectiva, cabe plantearse si estos procedimientos formales, que tienen por finalidad determinar si hay indicios de que una conducta sea constitutiva de infracción administrativa, pueden asimilarse a la información reservada prevista en el artículo 28 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (RDFP), “El órgano competente para iniciar el procedimiento podrá acordar previamente la realización de una información reservada”.

En algunos protocolos, como el de la Universidad de la Laguna⁵⁰, se equipara expresamente la información reservada con el peritaje especializado que, en su caso, ordenará el Rector una vez conocida la denuncia y que resolverá, según los casos, el archivo del expediente o la incoación de expediente disciplinario. Sin embargo, en el resto de Protocolos no se menciona esta cuestión.

⁴⁹ Protocolos como el de la UNED o la Universidad del País Vasco

⁵⁰ Protocolo para la Detección, Prevención y Actuación en los supuestos de acoso sexual y acoso sexista, artículo 9.4, artículo 15

De la lectura del art.28 RDFP y de las precisiones jurisprudenciales a propósito de este trámite, podríamos considerar como características esenciales de la información reservada:

a) Es un trámite potestativo, “*se trata de un trámite potestativo que no inicia “per se” el procedimiento, pero que puede servir de fundamento para iniciarlo, pudiendo entonces unirse al expediente disciplinario. Se trata de una actividad interna o un estudio previo a la incoación del expediente disciplinario*”(STS de 8 de julio de 1983)⁵¹

b) Es un estudio previo que puede servir de fundamento para iniciar el expediente disciplinario⁵², configurándose como un procedimiento accesorio y previo al mismo⁵³.

c) Su instrucción no implica en todo caso la iniciación de un expediente disciplinario

d) El órgano competente para acordar este trámite es el que tiene la competencia para iniciar el expediente disciplinario.

La mayoría de estos rasgos son compartidos con la configuración de los procedimientos formales previstos en los Protocolos de Acoso, no obstante se pueden apreciar tres elementos divergentes:

a) En la designación del órgano competente para acordar la iniciación del procedimiento formal, que no siempre coincide con el competente para iniciar el expediente disciplinario en la Universidad, que sería el Rector. Así, en unos casos decide la iniciación del procedimiento formal la Vicerrectora o Vicerrector con competencias en la materia⁵⁴, en otros son órganos especializados los que toman esta decisión⁵⁵ y en algunos se inicia directamente mediante escrito de la persona protegida⁵⁶

b) Los derechos y garantías que asisten al presunto infractor. Sobre este aspecto, la jurisprudencia señala que no existe un derecho del presunto infractor a interve-

⁵¹ STSJ de Castilla y León 104/2012 de 24 de abril

⁵² STS 17 de enero de 1997, Rec.99/1994, La Ley 2995/1997

⁵³ Abogacía General del Estado. Dirección del Servicio Jurídico del Estado, *Manual sobre Responsabilidad Disciplinaria del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas*, Aranzadi Thomson Reuters, 2010, pág.265

⁵⁴ Es el supuesto previsto por la Universidad de Alicante, la Universitat Politècnica de València o la Universitat de València o la Universidad Carlos III de Madrid, entre otras.

⁵⁵ En el caso de la Universidad de Valladolid es el Equipo Técnico de Evaluación del Acoso o la Unidad de Igualdad entre Mujeres y Hombres en el caso de la Universidad de Cádiz.

⁵⁶ Protocolo de la UNED, que contempla esta posibilidad en los supuestos en que el proceso de resolución acordada mediante diálogo no hubiesen concluido satisfactoriamente, artículo V.1.

nir en la información reservada⁵⁷ y sin embargo la participación de las partes objeto de conflicto y la contradicción es una garantía contemplada en todos los protocolos.

c) Algunos protocolos prevén como alternativas a la recepción del escrito de solicitud de intervención, entre otras, el inicio del procedimiento o la propuesta de incoación de expediente de información reservada⁵⁸, lo que manifiesta una intención clara de diferenciar la información reservada de este tipo de procedimientos.

En base a ello, podemos concluir que aunque la finalidad de estos procedimientos sea la de determinar la existencia de indicios para iniciar un expediente disciplinario, no reúne los requisitos necesarios para poder ser considerada como una información reservada, de modo que las reglas aplicables a uno y a otro no van a ser las mismas.

Cuestión diferente sería el procedimiento de actuación previsto en el Protocolo de la Universidad de la Laguna que lo califica como información reservada y reconoce explícitamente el derecho de las partes a participar a través de declaraciones, informes periciales y cualquier otra documentación que deseen aportar. En este caso, se configura expresamente el procedimiento como una información reservada y por lo tanto se expele la posibilidad de una información reservada posterior.

La cuestión no es baladí, en cuanto que la consideración de este tipo de actuaciones como información reservada desembocaría en aquellos supuestos en que se apreciaran indicios de ilícito en un expediente disciplinario pero en caso de no tener esta naturaleza podría dar lugar a un expediente de información reservada previo a un hipotético procedimiento disciplinario.

Con estas coordenadas, podemos concluir que aunque de la tramitación del procedimiento previsto en los diferentes protocolos pueda derivarse la iniciación de un expediente disciplinario cuando se observe una conducta que pudiera ser calificada como acoso sexual, cuenta con unas reglas y unas garantías diferentes a las de la información reservada, no siendo por lo tanto equiparables. En consecuencia y en función de si se cuenta con indicios fehacientes, el informe de conclusiones de los procedimientos formales podrá recomendar al Rector la incoación de un expediente disciplinario cuando existan pruebas, información o hechos que permitan fundar la posible existencia de infracción de acoso sexual y/o acoso por razón de sexo, pero en el supuesto de que no se cuente con suficientes fundamentos se podrá recomendar la incoación de un expediente de información reservada previo a la iniciación de un expediente disciplinario.

⁵⁷ STS 17 de mayo de 1999, Rec.5262/1993, La Ley 8884/1999 y STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 28 de septiembre de 2001 (JUR 2001, 328230)

⁵⁸ Protocolo de la Universitat Politècnica de València, art.4.1.1.c y d

5. La adopción de medidas provisionales

Suele ser habitual en los protocolos la previsión de adopción de medidas provisionales por el órgano competente para resolver, una vez recibida la denuncia y en cualquier fase del procedimiento previsto. Este es el caso de la Universidad de La Laguna, Universitat Jaume I, Facultat d'Economia i Empresa de la Universitat de Barcelona, Universidad de Alicante, Universidad de Sevilla o Universitat de Lleida.

Aunque la denominación de estas medidas, en algunos casos es de cautelares y en otros de provisionales⁵⁹, su tratamiento por las Universidades es muy similar; se pueden adoptar en cualquier fase, son propuestas al órgano competente para resolver por el órgano técnico que tramita las denuncias, deben ser motivadas y tienen como finalidad garantizar la protección de las personas afectadas por conductas constitutivas de acoso y asegurar el buen funcionamiento del servicio.

La aplicación de estas medidas se realizará conforme a su regulación específica prevista en el artículo 56 de la Ley 39/2015, que prevé como objetivo de las mismas, asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer. No obstante, en estos casos la finalidad perseguida no es tanto ésta, sino como se ha indicado, garantizar la protección de las personas afectadas y el buen funcionamiento del servicio. En este sentido, refiriéndose a la adopción de estas medidas en el procedimiento disciplinario, REBOLLO PUIG⁶⁰ afirma que la suspensión provisional de funcionarios no persigue la eficacia de la resolución sino el buen funcionamiento del servicio que en muchos casos podría estar en peligro si el expedientado continuase desempeñando sus funciones, optando en consecuencia por una interpretación amplia de la "eficacia de la resolución" que incluya el logro efectivo de los intereses públicos. A este respecto, también el Tribunal Supremo configura las medidas provisionales como acciones que se adoptan para proteger el interés general, tanto en el seno de un procedimiento como con carácter previo a su instrucción⁶¹.

Una cuestión clave, es el momento oportuno para la adopción de estas medidas. Al respecto, los protocolos prevén que pueda ser en cualquier fase desde la presentación de la reclamación o denuncia, previsión con cobertura específica en el apartado segundo del citado artículo 56 que permite que puedan adoptarse con carácter

⁵⁹ Como señala la doctrina estas medidas pueden adjetivarse tanto cautelares como provisionales puesto que se anticipan a una medida definitiva final y tienen como finalidad asegurar la eficacia en sentido amplio de la resolución final. Vid. GONZÁLEZ-PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO (2003): p.1829

⁶⁰ REBOLLO PUIG (1993 a): pp.662-665

⁶¹ STS de 14 de noviembre de 2007, Fundamento de Derecho Quinto "Constituyen, por tanto, acciones provisionales que se adoptan para proteger el interés general, ordinariamente en el seno de un procedimiento, pero también con carácter previo a su instrucción cuando hay razones de urgencia. Se trata de evitar que mientras se instruye y termina un procedimiento puedan mantenerse situaciones que mermen o eliminen la eficacia real de la decisión o resolución que finalmente fuere adoptada"

previo “en los casos de urgencia inaplazable y para la protección provisional de los intereses implicados”. En estos casos, el acuerdo de iniciación que necesariamente deberá producirse dentro de los quince días siguientes a su adopción deberá confirmar, modificar o levantar dichas medidas. En el supuesto de que no se iniciase el procedimiento en este plazo o el acuerdo de iniciación no contuviese un pronunciamiento expreso acerca de las mismas, dichas medidas quedarían sin efecto (artículo 56 Ley 39/2015).

En cuanto a las clases de medidas, algunos protocolos incluyen específicas como limitar el contacto entre la víctima y el presunto agresor, la suspensión temporal del trabajo o de la actividad académica⁶²; cambio de unidad, servicio, departamento o grupo de la víctima⁶³; movilidad de las personas implicadas de Centro, grupo o turno de trabajo teniendo preferencia de elección la presunta víctima⁶⁴ y también otras complementarias a las anteriores como la atención médica, psicológica y/o social⁶⁵.

Necesariamente, estas medidas han de conciliarse con la relación prevista en el artículo 56.3 de la Ley 39/2015 que incluye de forma expresa las medidas provisionales que podrán acordarse, en los términos previstos en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil: “suspensión temporal de actividades, prestación de fianzas; retirada o intervención de bienes productivos o suspensión temporal de servicios por razones de sanidad, higiene o seguridad, el cierre temporal del establecimiento por estas u otras causas previstas en la normativa reguladora aplicable; embargo preventivo de bienes, rentas y cosas fungibles computables en metálico por aplicación de precios ciertos; el depósito, retención o inmovilización de cosa mueble; la intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda; consignación o constitución de depósito de las cantidades que se reclamen; la retención de ingresos a cuenta que deban abonar las Administraciones Públicas; aquellas otras medidas que, para la protección de los derechos de los interesados, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la resolución”.

Hasta la Ley 39/2015, el legislador había seguido un sistema de *numerus apertus* en el que no tipificaba las medidas provisionales teniendo en cuenta la diversidad de procedimientos y de posibles resoluciones a las que estas medidas pueden servir⁶⁶. Sin embargo el citado artículo 56.3 parece cambiar la tendencia cuando dispone “..podrán acordarse las siguientes medidas provisionales..”, resulta evidente el cambio y

⁶² Protocolo de la Universitat de Lleida

⁶³ Protocolo de la Universitat Jaume I

⁶⁴ Protocolo de la Universidad de Sevilla

⁶⁵ Protocolo de la Universidad de La Laguna

⁶⁶ GONZÁLEZ-PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO (2003: p.1874)

la intención del legislador de mostrar una serie preferente de medidas provisionales con carácter no cerrado, en cuanto que en su último apartado establece “aquellas otras medidas que, para la protección de los derechos de los interesados, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la resolución”. Puede interpretarse que la intención del legislador con la inclusión de este último apartado, es abrir la posibilidad de adoptar medidas provisionales no mencionadas en los apartados anteriores y que sean más ajustadas a los principios de proporcionalidad, eficacia y menor onerosidad, en cuanto que no parece lógico que para los casos que ocupan el objeto de este estudio por ejemplo, se adopte en cualquier caso la suspensión temporal de actividad si la persona denunciada es empleado público aunque ello resulte desproporcionado.

Así las cosas, queda justificado que desde la presentación de la denuncia y hasta la finalización del procedimiento, el órgano competente teniendo en cuenta la gravedad de los hechos, pueda adoptar las medidas cautelares que estime procedentes para proteger a las personas afectadas y asegurar el buen funcionamiento del servicio bajo el paraguas de los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad.

Respecto al tipo de medidas, nos inclinamos por una interpretación amplia del artículo 56.3 que incluiría no solo la suspensión temporal de actividades sino cualquier otra que resulte adecuada, siempre que conforme al artículo 56.4, no causen un perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

Otra cuestión que se plantea, es si es necesaria la audiencia del interesado para su adopción. La regulación del artículo 56 de la Ley 39/2015 no contempla esta exigencia y tampoco los Protocolos, no obstante algunas decisiones jurisprudenciales han contemplado esta garantía⁶⁷ y parte de la doctrina se muestra favorable a este trámite cuando puedan suponer una limitación de los derechos e intereses legítimos de los interesados⁶⁸, o en aquellos casos en que no se cuente con “elementos de juicio suficientes”⁶⁹.

En esta línea argumental, TARDÍO PATO⁷⁰ defiende la aplicación analógica de los artículos 131 y 135 de la LJCA que prevén la audiencia para la adopción de la medida cautelar, salvo en supuestos de especial urgencia en los que se convocará a las

⁶⁷ STC 14/1986, STS de 24 de abril de 1991

⁶⁸ REBOLLO PUIG (1993 a): pp.699 y sg

GONZÁLEZ PÉREZ (1991): p.570

TARDIO PATO (2007): p.1177

⁶⁹ REBOLLO PUIG (1993 b)

⁷⁰ TARDÍO PATO (2004): p.125

partes a una comparecencia, dentro de los tres días siguientes a su adopción, para decidir sobre el alzamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada.

Bajo estos parámetros y en el marco de los procedimientos previstos en los protocolos, entendemos que la audiencia del interesado no resulta necesaria en todo caso puesto que no viene exigida por la LPA, pero si será oportuna para que el órgano administrativo tenga “elementos de juicio suficientes” para adoptar la medida cautelar, de modo que si pudiese existir algún tipo de duda sobre la suficiencia de los elementos de juicio disponibles, será necesario escuchar previamente al interesado para que pueda alegar lo que estime conveniente. La línea argumental sostenida y conforme a lo previsto en un gran número de Protocolos, mantiene que este tipo de medidas pueden adoptarse en cualquier momento desde la recepción de la denuncia y resulta muy difícil que en ese momento se disponga de elementos suficientes para su adopción; entendemos en consecuencia, que cuando más temprana sea esta decisión mayor necesidad existirá de utilizar este trámite.

En cuanto a la impugnabilidad de estas medidas, el artículo 56.2 final del primer párrafo prevé expresamente la posibilidad de interponer el recurso que proceda en el caso de medidas provisionales previas a la iniciación del procedimiento administrativo. Para el resto de casos, tanto la doctrina como la jurisprudencia considera el acuerdo de su adopción como un acto de trámite cualificado y por tanto susceptible de recurso de forma autónoma⁷¹.

6. Sobre la inversión de la carga de la prueba

El artículo 13 de la LO 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, dispone:

“1. De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad⁷².”

⁷¹ STS de 8 de febrero de 1980 (RJ 1980, 362), STS de 28 de enero de 1985 (RJ 1985, 150), STS de 9 de mayo de 1991 (RJ 1991, 6613), STS de 11 de mayo de 1999 (RJ 1999,4918), citadas por ABOGACÍA DEL ESTADO (2010)

⁷² De este modo, la Ley de Igualdad integraba en nuestro ordenamiento las exigencias del derecho comunitario previstas en la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, la Directiva 2000/43/CE, del Consejo, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

2. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales”

Asimismo, las Disposiciones Adicionales 5ª y 6ª de la Ley incorporan esta previsión en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el artículo 60 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Esta disposición ha sido incorporada en la mayoría de Protocolos universitarios de actuación frente al Acoso Sexual, disponiendo que en los procedimientos que regulan, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad⁷³.

Esta previsión plantea dos cuestiones, la primera es si el legislador está planteando un desplazamiento total de la carga de la prueba hacia el presunto infractor y la segunda si cuando se excluye esta inversión de la carga de la prueba en procesos penales se están excluyendo también los procedimientos administrativos sancionadores y los contenciosos administrativos derivados de éstos, en cuanto que también constituyen una manifestación del ius puniendi del Estado.

En cuanto a la primera, implica valorar si aquí el legislador quiere seguir la trayectoria marcada por la legislación laboral que requiere “indicios fundados⁷⁴” de discriminación para que se desplace la carga de la prueba al demandado o si quiere iniciar una nueva tendencia en los procesos civiles y contenciosos exigiendo simplemente que “las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias” para que se produzca tal desplazamiento. Como señala Ituren i Oliver⁷⁵, la cuestión no es baladí, pues supondría interpretar que la LEC y la LJCA en estas cuestiones contemplan una verdadera inversión de la carga de la prueba hacia el demandado, lo que en muchas ocasiones se convertiría en una auténtica prueba diabólica para el mismo.

⁷³ Protocolo para la detección, prevención y actuación en los supuestos de acoso sexual y de acoso sexista de la Universidad de la Laguna, art.10; Protocol d'Actuació enfront de l'assetjament sexual i de l'assetjament per raó de sexe en l'àmbit de la Universitat de València, art.4.2; Protocolo de Prevención y Actuación frente al Acoso Sexual, por Razón de Sexo y por Orientación Sexual de la Universidad de Alicante, art.22.3; Protocol de la Universitat de Barcelona per a la prevenció, la detecció i l'actuació contra les situacions d'assetjament sexual i per raó de sexe o d'orientació sexual, art.VIII.2

⁷⁴ Artículo 96 LPL

⁷⁵ ITUREN I OLIVER (2008): p.256

Respecto a esta cuestión el Tribunal Constitucional es claro, así en la STC 31/2014⁷⁶ recoge: “..Ahora bien, como también ha declarado repetidamente este Tribunal, para que se produzca este desplazamiento al demandado del onus probando no basta simplemente con que el actor tache la medida de discriminatoria, sino que, además, “ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato” (SSTC 136/1996, de 23 de julio, FJ6, y 48/2002, de 25 de junio, FJ 5). Sólo, pues, cuando esto último sucede, la parte demandada asume “la carga de probar la existencia de causas suficiente, reales y serias para calificar de razonable su decisión” y destruir así la sospecha o presunción de lesión constitucional generada por los indicios (STC 98/2003, de 2 de junio, FJ2)”

“En este punto, como ya dijimos en la STC 144/2006, de 8 de mayo, FJ4”, “para apreciar la concurrencia del indicio tendrán aptitud probatoria, tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquéllos que, pese a no generar una conexión tan patente, y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. Esto es, son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero habrá de superarse inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas, o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo inverosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado”

“En definitiva, el o la demandante que invoca la aplicación de la regla de la prueba indiciaria debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación. Alcanzando, en su caso, el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por tales indicios (STC 2/2009, de 12 de enero, FJ3)”

En consecuencia, el Tribunal Constitucional deja claro que se requieren indicios fundados de discriminación para que se desplace la carga de la prueba al demandado, criterio seguido en procesos civiles, en procesos laborales y en procesos contencioso-administrativos. De este modo, a nuestro juicio, no existe una inversión de la carga de la prueba real, en cuanto que la actuación de la parte demandada se configura como una reacción, que requiere necesariamente, que la parte actora haya podido acreditar con carácter previo “la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato”⁷⁷

⁷⁶ STC 31/2014 de 24 de febrero, FJ 3º

⁷⁷ STC 136/1986 de 26 de julio

Teniendo en cuenta lo anterior, nos sumamos a la tesis sostenida por LOUSADA AROCHENA⁷⁸ de que no estamos ante una auténtica inversión de la carga de la prueba en sentido estricto, sino de una modulación de la regla general o de una flexibilización de la actividad probatoria, que en todo caso, exige una actividad aleatoria suficientemente precisa y concreta de la parte actora en torno a los indicios de la existencia de discriminación⁷⁹.

Sentada la premisa de que no estamos ante una inversión de la carga de la prueba en sentido estricto, sino de una flexibilización de la actividad probatoria que exige la aportación de indicios. La segunda cuestión que cabe plantear, es si la exclusión prevista en el apartado segundo de este artículo 13 respecto a los procesos penales se extiende también a los procedimientos administrativos sancionadores y los contenciosos administrativos derivados de éstos. En este sentido se han pronunciado algunas disposiciones legislativas, tanto anteriores como posteriores a la LOI, relacionadas con la igualdad de trato y no discriminación.

Así, la el artículo 20 de la Ley 51/2003 de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de personas con discapacidad, tras contemplar esta inversión de la carga de la prueba prevé en su apartado segundo “lo establecido en el apartado anterior no es de aplicación a los procesos penales ni a los contencioso administrativos interpuestos contra resoluciones sancionadoras”.

En esta misma línea la Ley 11/2014 de la Generalitat de Cataluña para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia, en el artículo 30.1 dispone la inversión de la carga de la prueba y en el apartado 4 “lo establecido en el apartado 1 no es aplicable a los procesos penales ni a los procedimientos administrativos sancionadores”.

No ocurre lo mismo en la Ley 62/2003⁸⁰ que al regular las medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación por el origen racial o étnico de las personas, dispone en su artículo 32 “En aquellos procesos de origen jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en los que las alegaciones de la parte

⁷⁸ LOUSADA AROCHENA (2003): p.45 explica como en la búsqueda de aliviar las dificultades probatorias de las conductas discriminatorias, la Sentencia 38/81, de 23 de noviembre, del Tribunal Constitucional, inicia una doctrina que es bautizada como de inversión de la carga de la prueba y que fue ratificada en numerosas sentencias posteriores. No obstante, no se trata de una inversión de la carga de la prueba por simple alegación de discriminación sino que requiere la aportación de algún elemento fáctico.

⁷⁹ Este planteamiento se plasma expresamente en el Protocolo de la Unversitat de Barcelona que contempla la previsión del artículo 13 de la Ley Orgánica 3/2007 y añade “A la part reclamant li correspon, prèviament, aportar els indicis necessaris d’assetjament desencadenants de la inversió de la càrrega probatòria” (art.VIII.2)

⁸⁰ Ley 62/2003 de medidas fiscales, administrativas y de orden social

actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón del origen racial o étnico de las personas, corresponde al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. En iguales términos se pronuncia el artículo 36 en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, no excluyendo, en consecuencia, los procedimientos administrativos sancionadores.

Tampoco la doctrina se muestra unánime en esta cuestión, así para autores como AGUADO I CUDOLÁ⁸¹, refiriéndose a las previsiones de los artículos 32 y 36 de la citada Ley 62/2003, señala que se trata de una medida “especialmente relevante tanto en los casos en los que la administración realice estas discriminaciones; por ejemplo, el despido de un empleado público por su orientación sexual o por su origen racial, como también en los casos en que estas vulneraciones sean producidas entre particulares y la administración realice una función arbitral o sancionadora”, no excluyendo la aplicación de esta medida en procedimientos sancionadores.

En sentido totalmente opuesto, otros autores extienden la exclusión prevista para los procedimientos penales a los procedimientos administrativos sancionadores y a los contenciosos derivados de éstos, en cuanto que también constituyen una manifestación del ius puniendi del Estado⁸² y por tanto la presunción de inocencia debe repeler cualquier otro planteamiento de reparto de la carga de la prueba.

No nos planteamos si en los procedimientos administrativos sancionadores y en los contenciosos derivados de los mismos es aplicable la presunción de inocencia, no cabe duda. Así el Tribunal Constitucional, Sala Segunda núm.138/90, de 17 de septiembre, establece que “*La presunción de inocencia especialmente concebida, en principio, como garantía del proceso penal, es aplicable, más allá del mismo, a todo acto del poder público, sea administrativo o judicial, mediante el cual se castiga una conducta de las personas definida en la Ley como infractora del ordenamiento jurídico y, por tanto, también despliega sus efectos protectores en el orden administrativo disciplinario, constituyendo una presunción iuris tantum que garantiza el derecho a no sufrir pena o sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad.*”⁸³

Abundando en esta misma cuestión la STS 4429/2012, FJ.2º recoge “*.pues bien, como también señala la sentencia 40/2008, de 3 de marzo del Tribunal Constitucional, la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas, pues el ejercicio del ius*

⁸¹ AGUADO I CUDOLÁ (2013)

⁸² En este sentido se pronuncian ITUREN I OLIVER (2008) y PÉREZ GIL (2008)

⁸³ En esta misma línea SSTC 197/1995, 71/1998, 40/2008, 32/2009 y SSTS de 21 de mayo de 1987, 25 de febrero de 1998, 21 de diciembre de 1998, 17 de octubre de 2001, 6 de junio de 2012

puniendi en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art.24.2 al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones, significando a continuación que “el derecho a la presunción de inocencia comporta que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponde a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio..”

Queda fuera de toda duda esta cuestión, el principio de presunción de inocencia rige en cualquier manifestación de *ius puniendi* del Estado. No obstante cabe plantearse si la flexibilización de la actividad probatoria de la que hablamos y que se recoge en el artículo 13 de la LOI puede hacer quebrar esta presunción.

Desde esta perspectiva, entendemos que se trata de una medida que trata de facilitar la prueba, exigiendo a la víctima un principio de prueba revelador de la existencia de un panorama indiciario⁸⁴, desencadena en el demandado la carga de probar la existencia de las causas que las puedan justificar, sin que ello en sí suponga una transgresión al principio de presunción de inocencia o indefensión por el acusado. Siguiendo esta argumentación, sostenemos que no se trata de un olvido del legislador⁸⁵ sino que deliberadamente se está incluyendo esa flexibilización de la carga de la prueba en los procedimientos sancionadores y los procesos judiciales por infracción administrativa, siguiendo la orientación comunitaria contenida en la Directiva 97/80/CE⁸⁶ relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, que extiende su ámbito de aplicación a cualquier procedimiento civil o administrativo relativo a los sectores público o privado, con excepción de los procedimientos extrajudiciales⁸⁷.

En definitiva y siguiendo nuestro planteamiento inicial resulta ajustada a Derecho la previsión relativa a la inversión de la carga de la prueba en los procedimientos frente al acoso sexual previstos en los Protocolos; así como en los procedimientos disciplinarios que pudieran derivarse de los mismos. Entendiendo que no es una inversión de la prueba en sentido estricto, sino una flexibilización de la misma, que exigirá a la víctima la aportación de indicios para que desencadene en la parte denunciada la carga de probar la existencia de las causas que puedan justificar su actuación.

⁸⁴ STC 144/2006, FJ.6º

⁸⁵ Así lo sostiene ITUREN I OLIVER (2008)

⁸⁶ Directiva 97/80/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación basada en el sexo. DO, L 014 de 20/01/1998, pág.6-8

⁸⁷ Conforme al Considerando 12 se está refiriendo a procedimientos de mediación y conciliación

III. CONCLUSIONES

En los últimos años, las Universidades Públicas han elaborado protocolos de prevención e intervención frente a situaciones de acoso sexual y por razón de sexo, que establecen pautas de actuación específicas para hacer frente a este tipo de situaciones. No obstante, estos instrumentos presentan cierta diversidad de base, según el acoso se aborde desde la perspectiva de los riesgos laborales de carácter psicosocial o como un problema de género, en el que se comprenden ámbitos que exceden del estrictamente laboral.

Cualquiera que sea la perspectiva desde la que se aborda esta cuestión, las Universidades han querido dotar a estos instrumentos de carácter normativo, aprobándose por el correspondiente órgano de gobierno de cada una de ellas. De este modo, quedan vinculados a los mismos, todos los colectivos incluidos en su ámbito de aplicación (funcionarios, personal laboral, alumnos según los casos) en el marco de su relación especial de sujeción con la Universidad.

El polimorfismo del acoso sexual, permite su tratamiento desde diversas perspectivas jurídicas, lo que posibilita diferentes conceptualizaciones según el enfoque. En el caso de los protocolos, la definición de acoso es la contemplada en la Ley Orgánica de Igualdad, incluyendo cualquier conducta de naturaleza sexual que tenga un propósito o produzca un efecto degradante, ofensivo u intimidatorio. Por su parte, el tipo penal exige el contexto de una relación laboral, docente o de prestación de servicios y la solicitud de favor sexual que genere objetivamente una situación gravemente intimidatoria, hostil o humillante. Bajo estas coordenadas, la delimitación del ámbito penal y administrativo no siempre resulta fácil, dependerá según los casos, de la existencia o no de solicitud de favor sexual, de la contumacia y formas de la misma, del grado de prevalencia del solicitante y de la influencia del clima creado en el receptor.

Los protocolos articulan procedimientos de diagnóstico, éstos constituyen un filtro previo a la incoación de expedientes disciplinarios, permitiendo gestionar las situaciones de acoso conforme a un patrón y unas garantías preestablecidas, que precisamente son las que hacen diferenciar los mismos de la información reservada, prevista en el artículo 28 del Real Decreto 33/1986 de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración General del Estado. De este modo, será factible la incoación de un expediente de información reservada derivado de la tramitación de un procedimiento formal cuando el órgano competente para resolver no cuente con indicios fehacientes para tomar una decisión.

Una de las dificultades que presenta la tramitación de los procedimientos previstos en los protocolos, es garantizar la confidencialidad respecto a la identidad de todas y cada una de las personas que intervienen y de la información derivada del

mismo. Las medidas dispuestas son limitadas e insuficientes. Para su plena operatividad, se propone la concreción en cada fase del procedimiento de las medidas necesarias, como la asignación de códigos numéricos identificativos de las partes, custodia de toda la documentación por un único órgano, consulta de actas *in situ* o la firma de cláusulas de confidencialidad para cada uno de los sujetos que intervenga en el procedimiento.

Otra cuestión esencial, es la recepción en este tipo de procedimientos de la inversión de la carga de la prueba prevista en el artículo 13 de la LOI ya que plantea ciertas dudas en cuanto a su compatibilidad con el principio de presunción de inocencia. Al respecto, la doctrina y la legislación no es unánime y no se cuenta con jurisprudencia contencioso-administrativa que delimite esta cuestión. Sin embargo, la jurisdicción social y las orientaciones comunitarias relativas a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, permiten sostener la viabilidad de esta medida, su compatibilidad con el principio de presunción de inocencia y su extensión a los procedimientos sancionadores y procesos judiciales por infracción administrativa de discriminación por razón de sexo.

En definitiva, los protocolos frente al acoso en cualquiera de sus manifestaciones, constituyen un instrumento eficaz de las Universidades para garantizar la dignidad de todas las personas que desarrollen cualquier tipo de actividad en su ámbito territorial. No obstante su aplicación, y especialmente, en lo relativo a la tramitación de los procedimientos formales o de diagnóstico, pueden plantear ciertas dificultades técnico-jurídicas que exigirán la progresiva adaptación e interpretación de sus disposiciones en la práctica de los órganos competentes para su aplicación.

BIBLIOGRAFÍA

ABOGACÍA DEL ESTADO, DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO (2010): *Manual sobre Responsabilidad Disciplinaria del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas*, ed.Thomson Reuters

AGUADO I CUDOLÁ, Vicenç (2013): “La prueba en el proceso contencioso-administrativo: ¿supletoriedad de la legislación procesal civil o necesidad de una regulación específica?” en <http://biblio.juridicas.unam.mx>

BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna y GALA DURÁN, Carolina (2014): “Teoría y Práctica de los Protocolos frente al acoso sexual”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.162, pág.101

FERRER- PÉREZ, Victoria y BOSCH-FIOL, Esperanza (2014): “ La percepción del acoso sexual en el ámbito universitario”, en *Revista de Psicología social*, vol.29, núm.3, pp. 480 y sg.

GAMERO CASADO, Eduardo (2011): “El acoso laboral en la Universidad: Consecuencias Jurídicas y Gestión de Conflictos”, en *Temas laborales*, núm.110, pp.113 y sg.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1991): *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Civitas, pág.570

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco (2003): *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Thomson-Civitas, p.1829

GINES I FABRELLAS, Anna (2009): “La prevención del acoso sexual y por razón de sexo en la Administración Pública”, en *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, pp.218-219.

ITUREN I OLIVER, Albert (2008): Sala Franco T. (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, La Ley, p.256

LOUSADA AROCHENA, José Fernando (2003): “La sanción administrativa del acoso sexual”, en *Revista técnico laboral*, vol.25, núm.95, pp.45 y sg.

MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón (2009): “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 8ªed., Pamplona, Aranzadi, pp. 323 y sg.

MOYA AMADOR, Rosa (2015) “Tutela Laboral”, en *Tratamiento Integral del Acoso*, Pamplona, Aranzadi, p.682

ORTS BERENGUER, Enrique (2015): “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales”, *Derecho Penal. Parte Especial*, 4ªed., Valencia, Tirant lo Blanch, p.233

PÉREZ GIL, Julio, (2008): “La carga de la prueba en la Ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres” en *Igualdad de género: una visión jurídica plural. Jornadas de igualdad efectiva: realidad o ficción*, Burgos, 2008

PUMAR BELTRÁN, Nuria (2015): “Los Protocolos de actuación frente al acoso: dónde existen, dónde operan y dónde son eficaces. Ejemplos de derecho comparado”, en *Tratamiento Integral del Acoso*, Pamplona, Aranzadi, p.278

REBOLLO PUIG, Manuel (1993a): “Medidas provisionales en el procedimiento administrativo”, en *Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Madrid, Civitas, pp.662-665

REBOLLO PUIG, Manuel (1993b): “Interesados y denunciante en el Procedimiento Administrativo Sancionador”, en *Procedimiento Administrativo en Derecho Comparado*, Civitas y Consejería de Presidencia de la Junta de Andalucía

RIVAS VALLEJO, Pilar (2015): “Acoso en la Enseñanza Superior”, en *Tratamiento Integral del Acoso*, Pamplona, Aranzadi, pp.464 y sg.

TARDÍO PATO, José Antonio (2004): “Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo”, en *Revista Jurídica de Navarra*, núm.38, p.125

TARDÍO PATO, José Antonio (2007): “Medidas provisionales”, en *El procedimiento administrativo común*, Valencia, Tirant lo Blanch, p.1177

La Cooperativa de servicios públicos en Andalucía como modalidad de sociedad de economía mixta local

M^a Dolores Rego Blanco

Profesora Titular de Derecho Administrativo

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: COOPERATIVAS DE SERVICIOS PÚBLICOS ¿COSA DEL PASADO? II. ELEMENTOS Y CARACTERIZACIÓN DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS DE SERVICIOS PÚBLICOS. III. IMPACTO DE LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS EN LA CREACIÓN DE UNA COOPERATIVA DE SERVICIOS PÚBLICOS. A. Vigencia del principio de libre adhesión y baja voluntaria. V PECULIARIDADES DEL CAPITAL SOCIAL DE ESTAS COOPERATIVAS. A. Estructura B. Aportaciones de la Entidad local promotora. VI. ORGANIZACIÓN, TOMA DE DECISIONES.Y CONTROL ADMINISTRATIVO SOBRE LAS CONDICIONES DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO. VII. CONCLUSIONES.

RESUMEN: este trabajo estudia la figura andaluza de la sociedad cooperativa de servicios públicos, que es una sociedad de economía mixta que puede emplearse como medio de gestión indirecta de servicios públicos en las Entidades locales. Estas cooperativas se rigen principalmente por Derecho Privado, pero presentan algunos aspectos jurídico-públicos que son a los que se presta atención. Así, se analiza el impacto de la legislación de contratos en la formación de estas sociedades, planteando cómo aplicar el principio cooperativo de libre adhesión y baja voluntaria. Trata igualmente de las especialidades del capital social de estas sociedades, así como el régimen de toma de decisiones y el problema de cómo asegurar un control público sobre la adecuada prestación del servicio público.

PALABRAS CLAVE: sociedad cooperativa de servicios públicos; gestión de servicios públicos; régimen local andaluz; sociedad de economía mixta.

ABSTRACT: This paper studies the Andalusian cooperative company of public services, which is a semi-private company that could be used for the indirect management of public services. The scope of the paper is the Andalusian local governments. These cooperatives are mainly ruled by Private Law, but there are some

aspects where Public Law must be observed. Therefore, the paper studies the impact of the public contract legislation on the formation of the company and how to deal with the principle of “open doors”. It also deals with the specialties of the social capital as well as the the decision-making process and the need of a public control on the implementation of the public service.

KEY WORDS: cooperative company of public services; indirect management of public services; Andalusian local government; semi-private company.

I. PLANTEAMIENTO: COOPERATIVAS DE SERVICIOS PÚBLICOS ¿COSA DEL PASADO?

Existe una corriente que preconiza la utilización de las sociedades cooperativas como modalidad de prestación de servicios públicos, atraída por la gestión democrática y participativa que caracteriza a estas formas societarias. Hasta la fecha, sin embargo la viabilidad y éxito de estas propuestas está prácticamente por descubrir en nuestro entorno¹. En las páginas que siguen se aporta una reflexión sobre las principales cuestiones jurídico-administrativas que plantea el modelo.

La primera de estas cuestiones es si la fórmula cooperativa está hoy desterrada como opción para la prestación de servicios públicos. Recordemos que la regulación originaria del art. 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril (LBRL) acerca de los modos de gestión de servicios públicos locales de carácter indirecto, mencionaba expresamente a las sociedades “(...) mercantiles y cooperativas legalmente constituidas cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la Entidad local”². Esa alusión se perdió con la

¹ Las características de estas sociedades cooperativas no las sitúan entre las de obligada comunicación al Inventario de Entes del Sector Público Local, según la Orden HAP/2105/2012, de 1 de octubre, por la que se desarrollan las obligaciones de suministro de información previstas en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. En particular, téngase en cuenta que la participación pública en estas cooperativas viene limitado al 49%. Refleja mejor la realidad de estas cooperativas el Registro de Cooperativas Andaluzas, de la Junta de Andalucía, de consulta pública incluso a través de internet (). Según consulta de mayo de 2017, solo hay inscritas dos cooperativas bajo la modalidad aquí estudiada, de las cuales, por la fecha de constitución, habría que descartar una, que data de 2013.

² La cursiva es enfática. En la redacción originaria del art. 85 LBRL (comprehensiva de la alternativa “sociedad mercantil o cooperativa”) se encuentra la justificación de que un buen número de las leyes autonómicas aprobadas antes de la Ley 57/2003, de modernización del gobierno local, contengan la alusión a una sociedad de economía mixta bajo la fórmula de sociedad cooperativa. A diferencia de Andalucía, en ninguna de estas Comunidades Autónomas, sin embargo, se regula un tipo específico de sociedad cooperativa para la prestación de servicios públicos locales. Véanse en este sentido, el art. 198 de la Ley Foral 6/1990 de 2 de julio, de la Administración local de Navarra; el art. 308 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia; el art. 216 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón; art. 217 de la Ley 1/2003, de 3 de marzo de la Administración local de La Rioja; el art.

reforma introducida por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, y a partir de entonces las formas de gestión indirecta de servicios públicos se remiten a la legislación de contratos públicos. No obstante, el art. 104.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL), mantiene intacta su dicción original, que dice: “Para la gestión indirecta de los servicios podrán las Entidades locales utilizar las formas de Sociedad mercantil o *cooperativa* cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la Entidad” (cursiva enfática).

La derogada Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas Andaluzas admitía que las entidades públicas con personalidad jurídica pudieran ser socios de las sociedades cooperativas andaluzas “para prestar servicios o realizar actividades relacionadas con su actividad” (art. 31.4). No regulaba, sin embargo, una clase específica de sociedad cooperativa para la gestión de servicios públicos. Una década más tarde se aprobó la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (LAULA) que ninguna referencia expresa hace a las cooperativas como modo de gestión de servicios públicos. Posteriormente, es en la Ley 14/2011, de Sociedades Cooperativas Andaluzas (LSCA) donde aparece preconfigurada la sociedad cooperativa de servicios públicos³, remitiendo al reglamento su definición y régimen. Cumpliendo el mandato legal, el Decreto 123/2014, de 2 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas (en adelante RSCA), determina en su art. 101 que las Administraciones territoriales andaluzas podrán proveer “la prestación directa de éstos [servicios públicos] mediante la constitución de sociedades cooperativas de servicios públicos.”

Es cuanto menos llamativo que el RSCA afirme que la finalidad de la sociedad cooperativa de servicios públicos es la “prestación directa” de los servicios públicos, cuando una cooperativa no encaja en los modos propios de gestión directa de servicios públicos. De estos, el que pudiera acercarse más a la cooperativa que estudiamos sería, en Andalucía, una sociedad mercantil local, que no puede legalmente tener forma de sociedad cooperativa de servicios públicos. Según la LAULA “(l)a sociedad mercantil local deberá adoptar alguna de las formas de sociedad mercantil con res-

266 del Decreto Legislativo de 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña; el art. 171 de la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, Municipal y Régimen Local de Illes Balears; el art. 295 del Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de las Entidades locales de Cataluña; o el art. 315 del Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades locales de Aragón.

³ Junto con la LSCA, solo tiene una clase cooperativa específica para servicios públicos la legislación valenciana (Decreto Legislativo 2/2015, de 15 de mayo), si bien con menor regulación, cuantitativamente hablando. El resto de Comunidades Autónomas y la Ley estatal de cooperativas desconocen la figura.

ponsabilidad limitada y su capital social será íntegramente de titularidad directa o indirecta de una entidad local” (art. 38.3). Hay dos obstáculos que impiden plantear una interpretación de esta norma en la que la expresión “sociedad mercantil” comprendiera a las sociedades cooperativas: el primero es que una sociedad cooperativa no puede ser de socio único, ni tampoco, por consiguiente, su capital puede pertenecer íntegramente a un Ente público (art. 10 LSCA); y el segundo es que la LBRL, en su art. 85 ter.2, dispone el deber de la sociedad mercantil local de “adoptar una de las formas previstas en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (...)”. Ha de entenderse, pues, que la expresión “prestación directa” de los servicios públicos del RSCA no se usa en términos técnico- jurídicos (equivalente a una gestión directa), sino en términos coloquiales, sinónimos, sin más, de la prestación misma del servicio.

En el contexto de los modos de gestión indirecta, habría que buscar acomodo a la sociedad cooperativa de gestión de servicios públicos en la legislación básica de contratos, por un lado (cuyo contenido hace suyo, la LBRL), y en la legislación autonómica andaluza, en segundo. La nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (LCSP), que transforma el contrato de gestión de servicios públicos en contratos de servicios o de concesión de servicios, mantiene la figura de la sociedad de economía mixta y nada dice de cuál haya de ser su forma societaria. Le basta a su DA 22^a con que sea una sociedad “en la que concurra mayoritariamente capital público con capital privado”. Eso permite cobijar a su amparo tanto sociedades mercantiles de capital como de otro tipo, en nuestro caso, cooperativas.

Por su parte, el art. 43 de la LAULA precisa que “La empresa mixta es una sociedad mercantil con limitación de responsabilidad cuyo capital sólo parcialmente pertenece, directa o indirectamente, a la entidad local”. Se plantea así la cuestión de si la expresión “sociedad mercantil” debe contraponerse a “sociedad cooperativa”, como hacía originalmente la LBRL (con la consiguiente conclusión de que las cooperativas para gestión de servicios públicos son cosa del pasado), o puede, por el contrario, albergar tanto sociedades de capital como sociedades cooperativas. La segunda de las opciones se propone como la más adecuada actualmente, si tenemos en cuenta una serie de razones.

Por un lado, habida cuenta de la regulación vigente, la doctrina mercantilista cuestiona hoy la afirmación de que las sociedades cooperativas carezcan de naturaleza mercantil, para sentar, precisamente, la compatibilidad entre el mercantilismo y la economía social, propia de las cooperativas⁴. Por otro lado, a diferencia de lo

⁴ Muy ilustrativas, en este sentido, son las reflexiones de MORILLAS JARILLO en su trabajo “Concepto y clases de cooperativas” en PEINADO GARCÍA y VAZQUEZ RUANO: *Tratado de derecho de cooperativas*. Tomo I. Tirant lo Blanch, 2013, p. 115 y ss. Allí, tras repasar las tres corrientes existentes a

que ocurre con la sociedad mercantil local (a la que la LBRL impone una forma societaria de capital), la concreta forma de la sociedad de economía mixta no se predetermina ni en la legislación básica estatal (local o de contratos públicos) ni en tampoco en la LAULA.

Por tanto, aunque según la LAULA la sociedad de economía mixta es una sociedad mercantil, cabe defender que no estamos ante una prohibición taxativa de la forma cooperativa. LAULA y LSCA pueden leerse como normas complementarias, dada la compatibilidad de ambas posibilidades (sociedad mercantil de capital y sociedad cooperativa) con la legislación básica estatal, y la limitación de responsabilidad de las sociedades cooperativas, como desea la LAULA que tengan las sociedades de economía mixta. Esta conclusión se refuerza si la cuestión se contempla desde la competencia estatutaria de la Comunidad Autónoma (art. 60.1.c) para regular el régimen local andaluz, incluidas otras fórmulas diversas de gestión de los servicios públicos que sean conformes con el ordenamiento⁵.

II. ELEMENTOS Y CARACTERIZACIÓN DE LAS COOPERATIVAS DE SERVICIOS PÚBLICOS

La LSCA crea el *nomen iuris* de sociedades cooperativas de servicios públicos pero no dota a esta nueva clase de cooperativa ni de un régimen jurídico, ni de una definición (art. 107). Se conforma con ordenar su regulación reglamentaria, en su calidad de sociedad cooperativa de primer grado, de carácter especial. El único límite sustantivo que la LSCA establece para la tarea que remite al reglamento es que, de acuerdo con su art. 107, el tipo de sociedad cooperativa resultante, como sociedad

propósito de la naturaleza de las sociedades cooperativas (que abogan, respectivamente, por su carácter asociativo, su naturaleza de sociedad mercantil o por su entendimiento como *tertium genus* - empresa de economía social), se defiende el carácter mercantil de las sociedades cooperativas. En síntesis, los principales argumentos de esa conclusión son: a) que en la legislación cooperativa ha dejado de ser un requisito esencial el carácter no lucrativo de la sociedad para poder considerarse sociedad cooperativa, pues las que no tienen tal ánimo pasan a configurar una clase especial de cooperativas; b) la relativización del lucro como elemento esencial del concepto de sociedad; c) y la aproximación entre los regímenes jurídicos de las cooperativas y de las sociedades mercantiles; y d) la compatibilidad entre “mercantilismo” y “economía social”. En contraposición a esta opinión puede traerse a colación la STC 72/1983, en la que se afirma que el hecho de que se aplique parcialmente a las sociedades cooperativas la normativa mercantil no las convierte en sociedades mercantiles, pues de ser así las Comunidades Autónomas carecerían de competencia para su regulación, al ser ésta exclusiva del Estado.

⁵ Es pacíficamente aceptado el carácter abierto de las modalidades de gestión de servicios públicos, como consecuencia natural de la faceta de autoorganización (art. 4.1.a LBRL) de la autonomía local constitucionalmente garantizada (art. 137). Así, MORILLO-VELARDE PÉREZ: “La gestión de los servicios de las Entidades locales” en COBO OLVERA (Dir): *Tratado de Derecho Local*. Thomson Reuters-Aranza-di, 2010, p. 1289 o SOSA WAGNER: “La gestión de los servicios públicos mediante una sociedad de capital íntegramente público y mediante una sociedad mixta” en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 7, 2005, p. 14.

cooperativa especial, no coincida con el resto de sociedades cooperativas de primer grado establecidos en el capítulo II del título II de la Ley.

Es el RSCA el que aporta los elementos subjetivos y objetivos para poder identificar las notas características de las sociedades cooperativas de servicios públicos. Su art. 101 dice:

“1. La Administración de la Junta de Andalucía así como las Administraciones locales andaluzas, a fin de asegurar la existencia de servicios públicos de calidad, podrán proveer que la prestación directa de éstos se haga mediante la constitución de sociedades cooperativas de servicios públicos.

2. En estas sociedades cooperativas participarán como personas socias promotoras la entidad o entidades públicas competentes y, en su caso, entidades privadas con experiencia demostrada en el sector; asimismo, podrán participar las personas usuarias de los servicios que sean objeto de la sociedad cooperativa así como las personas socias trabajadoras que presten su trabajo personal en la sociedad, en este último caso hasta alcanzar el veinticinco por ciento del capital de la misma. No obstante, las entidades públicas promotoras conservarán el control en cuanto a las condiciones de prestación de los servicios públicos.

(...).

3. Se excluye, en todo caso, la prestación de servicios públicos que exijan el ejercicio de autoridad pública, como los de orden público y protección civil. (...)”

El elemento subjetivo de la cooperativa de servicios públicos destaca por la gran flexibilidad en la configuración societaria. Cabe integrarla por socios que sean entidades públicas, empresarios, trabajadores o usuarios de los servicios públicos, lo que hace pensar que lo habitual será que supere el mínimo legal de tres socios (art. 10 LSCA). Aunque el reglamento parece distinguir entre socios promotores (entidad pública, y en su caso, empresarios experimentados), y otros que no lo sean (socios usuarios y trabajadores), no puede descartarse que sea una referencia gratuita, pues el texto reglamentario no configura una prohibición de actuar como promotores a los socios usuarios y a los socios trabajadores, ni tampoco una limitación sobre los otros socios para que no puedan desempeñar otro papel en la vida de la cooperativa que el de mero promotor.

Sí tiene más sentido la diferenciación por el reglamento entre socios potestativos y preceptivos. La presencia de una entidad pública es obligada en la promoción y desarrollo de la cooperativa de servicios públicos. El único tipo de socio del que no se puede prescindir a lo largo de la vida de esta clase de cooperativa es la entidad

pública que sea competente para presar el servicio cuya gestión desea cooperativizarse. El carácter preceptivo se aprecia en el modo imperativo del verbo empleado por el reglamento (“participarán” la entidad o entidades públicas competentes), pero también en que sin la presencia de una entidad pública no cabría hablar de sociedad de economía mixta o de colaboración público-privada.

La entidad pública socia bien podría ser autonómica o incluso, estatal, siempre que la actividad societaria, la gestión del servicio público en nuestro caso, se desarrollara mayoritariamente en Andalucía⁶. Como quiera que sea, recordemos que este estudio se restringe al ámbito local andaluz y por tanto, no se contemplará otra hipótesis que la de que la entidad pública socia sea local andaluza.

Detengámonos en la expresión “entidad pública” del art. 101 RSCA para preguntarnos a qué concretos sujetos del sector público se refiere la norma. Hablar de “entidad pública” resulta menos restrictivo que hacerlo de una “Entidad de Derecho Público”. Por ello, podría aceptarse, en principio, que el RSCA esté aludiendo tanto las personas jurídico-públicas, como a las denominadas “Entidades instrumentales de Derecho Privado” del sector público, donde se engloban las sociedades mercantiles y fundaciones del sector público. Esta conclusión se ve confirmada por el art. 43 LAULA, que al ocuparse de las sociedades de economía mixta, afirma que “(l) os entes locales pueden gestionar los servicios locales de interés económico general mediante la constitución o participación en empresas mixtas”, pero no limita a las entidades locales propiamente dichas esa participación, puesto que añade que el capital de la empresa mixta sólo parcialmente pertenece, directa o *indirectamente*, a la entidad local. La conjunción de esta determinación de la LAULA con la LSCA y el RSCA, deja, por tanto, vía libre a que sea una entidad instrumental, de derecho privado o de derecho público, la que se integre como socio en una cooperativa andaluza de servicios públicos. Sin embargo, por exigencias de la legislación básica local, es obligado hacer una doble restricción.

En efecto, desde su modificación por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, la Disposición Adicional Novena de la LBRL limita a los Municipios, Provincias y organismos autónomos⁷ la posibilidad de “constituir, participar en la constitución ni adquirir nuevos entes de cualquier tipología, independientemente de su clasificación sectorial en términos de contabilidad nacional”, con la consiguiente prohibición para el resto de

⁶ Según el art. 3 de la LSCA, desarrollar mayoritariamente la actividad en el territorio andaluz es condición para que esta Ley sea aplicable a la cooperativa.

⁷ En el ámbito andaluz, la denominación correspondiente es de “agencias administrativas”, según el art. 34 LAULA.

las entidades públicas locales⁸. Y aún más, sólo se lo permite a aquellos Municipios, Provincias u organismos autónomos que no tengan vigente un plan económico-financiero o su plan de ajuste (aptdo. 1)⁹, pese a lo contradictorio que pueda resultar impedir que los que sí tienen esas medidas en vigor puedan recurrir, gracias a la sociedad de economía mixta, a una la financiación privada para la gestión de sus servicios públicos¹⁰.

El RSCA admite que sean dos o más las Entidades públicas participantes, lo que podría responder, por ejemplo, a una prestación municipal auxiliada por su correspondiente Diputación Provincial (art. 26.2 y 36 LBRL). No se ajustaría, sin embargo, a una sociedad cooperativa de servicios públicos, en cuanto que sociedad de economía mixta, la que se integrara únicamente por Entes públicos, porque supondría prescindir de la colaboración privada en la gestión del servicio, elemento que hemos considerado esencial y definitorio de la sociedad de economía mixta¹¹.

En cuanto a los restantes tipos de socios de la cooperativa de servicios públicos, subrayemos que ellos representan el imprescindible elemento de colaboración privada en una sociedad de economía mixta. El art. 101 RSCA alude a que pueden ser entidades privadas con experiencia en el sector, los usuarios del servicio y los traba-

⁸ Se trata, como señala SANTIAGO IGLESIAS, de prohibir la “creación de holdings”, a través de una norma que no resulta aplicable a las Entidades locales recogidas en el art. 3.2 LBRL, es decir, a las comarcas y equivalentes autonómicos, a las áreas metropolitanas y a las mancomunidades de municipios. (“Empresas Locales” en VELASCO CABALLERO (Dir.): *Tratado de Derecho Económico Local*, Marcial Pons, 2017: p.162).

⁹ En el apartado 1 de la Disposición Adicional Novena de la LBRL se lee: “1. Las Entidades locales del artículo 3.1 de esta Ley y los organismos autónomos de ellas dependientes no podrán adquirir, constituir o participar en la constitución, directa o indirectamente, de nuevos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste.

Las entidades mencionadas en el párrafo anterior durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste no podrán realizar aportaciones patrimoniales ni suscribir ampliaciones de capital de entidades públicas empresariales o de sociedades mercantiles locales que tengan necesidades de financiación. Excepcionalmente las Entidades locales podrán realizar las citadas aportaciones patrimoniales si, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, hubieren cumplido con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública y su período medio de pago a proveedores no supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad.”

¹⁰ Coincido en esta apreciación con SANTIAGO IGLESIAS (2017, p. 163).

¹¹ Sin tener que pronunciarnos aquí sobre la viabilidad de una sociedad cooperativa de otra clase integrada exclusivamente por Entes Públicos, que sirviera de marco de cooperación administrativa, no puede olvidarse que, desde el punto de vista práctico, los entes instrumentales que acogen la cooperación interadministrativa de acuerdo con la Ley 40/2015 y la LBRL, gozan de gran tradición en nuestro Derecho. Eso representa un bagaje jurídico y de experiencia nada despreciable del que hacer uso a la hora de decidir cómo configurar instrumentos de colaboración y cooperación entre Administraciones Públicas.

jadores¹². Sería posible diseñar una cooperativa en la que todos los socios facultativos fueran usuarios, o todos trabajadores, o ambos tipos, o empresarios y usuarios, etc. Las combinaciones posibles de tipología de socios potestativos permiten una adaptación a la concreta fórmula de sociedad de economía mixta que se desee articular, así como una prestación del servicio con un mayor o menor grado de participación social.

Mientras que, según el RSCA, la “persona socia trabajadora”, ha de ser una persona física, ya que lo que les caracteriza es que su actividad cooperativizada sea su “trabajo personal”, no parece tan evidente que la expresión “entidades privadas con experiencia en el sector” haya de referirse exclusivamente a personas jurídicas, aunque eso pudiera ser lo más habitual. Por lo que hace a los usuarios del servicio como eventuales socios, ha de dejarse abierta la posibilidad de que lo sean tanto personas físicas como jurídicas, dependiendo de si el servicio público gestionado admite o no ambos tipos de destinatarios (caso, respectivamente, de la recogida de residuos frente al transporte colectivo urbano, por poner algún ejemplo). No pasa inadvertido que la incorporación de los usuarios como socios de la cooperativa conlleva una interesante faceta de participación social en la prestación del servicio, así como un importante factor de aseguramiento de la demanda, coadyuvante de la sostenibilidad del servicio.

El diseño de la sociedad cooperativa de servicios públicos tendrá que pronunciarse expresamente sobre los concretos tipos de socios que podrán integrarla, así como las condiciones objetivas y no discriminatorias que hayan de ser cumplidas para poder tener la condición de socio. Tales condiciones estarán vinculadas, naturalmente al tipo concreto de servicio público que se desee prestar, pudiéndose, por tanto, tener en cuenta circunstancias de lo más variadas.

Por otro lado al tratar del elemento subjetivo interesa recordar que un relevante sector doctrinal, así como la Comisión Europea, coinciden en apuntar la que la efectiva colaboración entre Administración y el socio privado en el funcionamiento de la sociedad de economía mixta (o de colaboración público-privada¹³.) es uno de sus

¹² En los tipos de socios estriba principalmente la diferencia de la sociedad cooperativa andaluza con la homónima valenciana. Ésta, además de la entidad pública, solo admite como socios a los usuarios.

¹³ Véase el documento COM (2004) 327 final, fechado el 30 de abril de 2014.

elementos definidores^{14 15}. Tanto la parte pública como la privada de estas sociedades han de desempeñar un papel activo, que va más allá de la simple aportación de capital, y que se ha de reflejar en una participación efectiva, en su calidad de socio, en los órganos internos de la sociedad. Esto permite a la Administración no desentenderse de su gestión inmediata (a diferencia de lo que ocurre en una concesión de servicio), aunque materialmente la gestión se deje en manos del socio privado. De ahí puede inferirse que la entidad pública, los usuarios o el empresario no han de integrarse en la cooperativa de servicios públicos como socios inversores, socios inactivos o socios colaboradores, sino como socios comunes, que son los que “realizan plenamente la actividad cooperativizada” (art. 14 LSCA).

Finalmente, para cerrar el comentario del elemento subjetivo de las cooperativas de servicios públicos, ha de mencionarse que la redacción de este estudio coincide con la tramitación parlamentaria de una modificación de la LSCA para que el número mínimo de socios exigible para constituir una cooperativa pase de tres a dos socios¹⁶.

Pasemos a analizar el elemento objetivo de la sociedad cooperativa de servicios públicos de una Entidad Local andaluza, esto es, del tipo de actividad que puede desarrollar, que no es otro que la prestación de servicios públicos. El RSCA incorpora ese elemento objetivo como definitorio de esta nueva clase de sociedad, lo que la diferencia, por ejemplo, de una sociedad cooperativa representativa de la iniciativa económica de una Administración Pública, que interviene como un agente más en trá-

¹⁴ Así MÍGUEZ MACHO (2008): “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español” en *REDA*, núm 173, p. 163; HERNANDO RYDIGNS (2012): *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*. Civitas, p. 278; o SANTIAGO IGLESIAS (2010) quien afirma sin ambages que “la gestión conjunta de la sociedad de economía mixta por la Administración y por los socios privados es un elemento esencial de la misma”, (*Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales*, Iustel,, p. 64). Muy interesantes resultan las páginas 52 y ss de esta obra, a las que me remito, en donde se repasa la evolución doctrinal al respecto, citando a SOSA WAGNER (*La gestión de los servicios públicos locales*. Thomson-Civitas, 7^a ed, 2008, p. 341) y a SANTAMARÍA PASTOR (*Principios de Derecho Administrativo General*, tomo II, 2^a ed, Iustel, 2009, p. 334) entre los autores que postulan la implicación de la Administración como característica definitoria de la sociedad de economía mixta; mientras que LLISSET BORRELL (*La actividad empresarial de los Entes Locales*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 1990, P. 147) o PRIETO GONZÁLEZ (*Las empresas mixtas locales*, Montecorvo, 1996, p. 44) mantienen la postura contraria.

¹⁵ La Comisión Europea, en su “Comunicación interpretativa relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)” (2008/C 91/02), dice que “La aportación privada a los trabajos de la CPPI [colaboración público-privada institucionalizada], además de la contribución al capital u otros activos, consiste en la participación activa en la ejecución de las tareas confiadas a la entidad de capital mixto y/o la gestión de dicha entidad. En cambio, la simple aportación de fondos por un inversor privado a una empresa pública no constituye una CPPI.”

¹⁶ Consúltese el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía de 4 octubre de 2017, en el que se publica el proyecto de Ley para la modificación parcial de la LSCA.

fico jurídico en un contexto de libre mercado y competencia. Esto último es posible con la legislación estatal de cooperativas y cualquiera otra autonómica, pues todas permiten que una persona jurídico-pública se integre como socio en una sociedad cooperativa, con independencia de la clase de que se trate. Pero solo la andaluza y la valenciana tienen una clase específica para la prestación de servicios públicos. Más allá de la delimitación negativa resultante de oponer “servicio público” a “iniciativa económica administración”, acotar las actividades a las que se refiere la expresión “servicios públicos” no está exento de dificultad, entre otras cosas porque ni siquiera el legislador la ha manejado con el rigor que sería deseable esta distinción¹⁷. Además, la categoría de “servicio público”, en su evolución¹⁸, está siendo arrinconada por otras surgidas al abrigo del derecho europeo, sustancialmente la de “servicios de interés general”. Esa es la que emplea la LAULA, que en su art. 26.1 dice que “(S)on servicios locales de interés general los que prestan o regulan y garantizan las entidades locales en el ámbito de sus competencias y bajo su responsabilidad, así como las actividades y prestaciones que realizan a favor de la ciudadanía orientadas a hacer efectivos los principios rectores de las políticas públicas contenidos en el Estatuto de Autonomía para Andalucía.”

Lo anterior sitúa el objeto de las sociedades cooperativas de servicios públicos de las Entidades locales andaluzas entre las actividades de servicio de interés general que, a su vez, formen parte del elenco de competencias del socio Entidad local, de conformidad con una norma con rango de Ley, básica o autonómica, general o sectorial¹⁹. Puede tratarse de competencias cuya prestación se haya reservado monopolísticamente a la Entidad local por la LBRL (art. 26.2,) o en la LAULA (art. 32) o en la legislación sectorial de aplicación²⁰; o actividades no reservadas; pueden ser actividades de prestación facultativa o de prestación obligatoria, a veces

¹⁷ En este sentido, MONTOYA MARTIN (2012) “Los servicios y la iniciativa económica locales” en RIVERO YSERN (Dir.): *Derecho Local de Andalucía*. Iustel, p. 159.

¹⁸ ORTEGA BERNARDO (2017): “Servicios públicos e iniciativa económica local” en VELASCO CABALLERO (Dir.): *Tratado de Derecho económico local*. Marcial Pons, p.76., en una apretada síntesis histórica diferencia tres acepciones de la expresión “servicio público”: 1) actividad reservada exclusivamente a la Administración (VILLAR PALASÍ, GARCÍA DE ENTERRRÍA, GARCÍA TREVILJANO); 2) actividad que sirve al interés general, realizada por la Administración o por los particulares -actividades reguladas- (MARTIN REBOLLO, BASOLS COMA, ARIÑO ORTIZ, etc); 3) actividad prestacional administrativa, gestionada directa o indirectamente (LÓPEZ PELLICER, PARADA VÁZQUEZ, BERMEJO VERA)

¹⁹ Sobre las clases de competencias locales, véase, por todos, el trabajo de TOSCANO GIL (2014): “El nuevo sistema de competencias municipales tras la Ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local: competencias propias y competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación” en *REDA* núm. 165.

²⁰ Recordemos que para efectuar tal reserva, además de que el pronunciamiento de reserva tenga lugar mediante norma con rango de Ley, se requiere que proceda la calificación del servicio como un “servicio esencial”, por apreciarse en él de forma excepcional un especial interés general.

en función del volumen de su población (art. 26.1 LBRL) y otras con independencia de ello (art. 31 LAULA)²¹.

Salvo cuando sean objeto de reserva monopolística a favor de la Entidad local, los servicios locales de interés general se podrán prestar en régimen de mercado (esto es, compitiendo con la iniciativa privada) pero, si fuera necesario, porque, por ejemplo, la oferta del mercado no fuera satisfactoria, podrían introducirse excepciones sobre tal régimen. Y así, sobre la base de los intereses generales subyacentes, y al amparo del art. 106.2 TFUE, sería admisible que los servicios locales de interés general se llevaran a cabo en régimen de servicio público, o sea alterando las reglas del libre mercado y de la competencia. Por tanto, en la medida en que sea necesario y proporcionado al objetivo de garantizar el acceso de la población en las condiciones del art. 27 LAULA²², las cooperativas de servicio público podrían quedar habilitadas a actuar con medidas tales como precios inferiores a los de mercado (art. 44.2 LHL)²³, u otras que pudieran afectar a la libre competencia (art. 44 Ley de Defensa de la Competencia)²⁴, o teniendo que satisfacer obligaciones o misiones de servicio público²⁵.

El objeto de las cooperativas de servicios públicos termina de perfilarse añadiendo dos límites que derivan de su condición de sociedades de economía mixta y de la fórmula (contractual) de gestión indirecta de servicios públicos. El primero es un límite negativo: sus actividades no podrán implicar ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos (art. 85.2 LBRL, art. 33.5 LAULA, arts. 17 y 284 LCSP). El art. 101 RSCA repite la prohibición y la concreta con los ejemplos de los servicios de “orden público y protección civil”. El segundo límite, por el contrario, es positivo: sus actividades han de ser susceptibles de explotación económica (art. 284 LCSP).

²¹ En este sentido, resulta muy interesante la determinación de actividades objeto del servicio público local frente a las actividades objeto de la iniciativa económica local que realiza ORTEGA BERNARDO (2017: p. 93 y ss).

²² Recoge este artículo las tradicionales condiciones de universalidad, igualdad, continuidad y regularidad.

²³ En este sentido, el art. 44.2 de la Ley de Haciendas Locales (aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo) prevé que “Cuando existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que así lo aconsejen, la entidad podrá fijar precios públicos por debajo del límite previsto en el apartado anterior”, esto es, por debajo del coste del servicio o actividad.

²⁴ Este artículo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ampara las restricciones a la libre competencia que establezcan las Administraciones Públicas al amparo implícito de una Ley. Su tenor literal es el siguiente: “1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley.”

²⁵ MONTOYA MARTÍN (2012: 175), ORTEGA BERNARDO (2017: 90 y ss).

Pasando a otra cuestión, interesa verificar si el carácter no lucrativo es una nota distintiva de las sociedades cooperativas de servicios públicos. La LSCA sólo se pronuncia sobre este aspecto a propósito de las cooperativas de interés social (art. 94), a las que deja libertad para determinarlo en sus Estatutos²⁶. El art. 80 RSCA²⁷, sin embargo, sí aborda la cuestión para las cooperativas especiales (entre las que figuran las cooperativas de servicios públicos). Lo hace remitiéndose a las previsiones que en su art. 80.1 se fijan para las cooperativas de trabajo no lucrativas (RSCA), que han de recoger en su régimen económico estatutario, las siguientes condiciones:

- “a) La imposibilidad de que las aportaciones al capital social devenguen un interés superior al legal del dinero, sin perjuicio de su posible actualización.
- b) La retribución de las personas socias trabajadoras y de los trabajadores y trabajadoras por cuenta ajena no excederán del ciento cincuenta por ciento de la que les correspondería en virtud del convenio colectivo u otra disposición laboral aplicable en la zona.
- c) Los excedentes o beneficios que puedan generarse en un ejercicio económico, en ningún caso se repartirán entre las personas socias e inversoras, en su caso, destinándose a la consolidación de la entidad y a la creación de empleo, una vez cubiertos los porcentajes relativos a los fondos obligatorios, que tendrán carácter irrepartible”.

Para que una cooperativa de servicios públicos no tenga ánimo de lucro, además de indicarlo en la definición estatutaria de su objeto social, el estatuto debería hacer suyas en el apartado sobre el régimen económico las condiciones arriba transcritas, aunque se le permite modularlas “en lo que les sea de aplicación”. Así, por ejemplo, si una cooperativa de servicios públicos se configurara sin socios trabajadores, va de suyo que podría prescindir de la condición limitativa de la cuantía de su remuneración. Más discutible resulta que pudiera eludirse la prohibición de reparto de excedentes o beneficios entre los socios, cuando entre ellos existiera un empresario, y la cooperativa hubiera de asumir el riesgo económico de la actividad económica en que consista el servicio público.

²⁶ Comenta MORILLAS JARRILLO que esto es una peculiaridad de la legislación andaluza de cooperativas, pues en la mayoría de las legislaciones autonómicas carecen de ánimo de lucro *ex lege* (“Concepto y clases de cooperativas” en PEINADO GARCÍA (Dir.): *tratado de Derecho de Cooperativas*. Vol. I. Tirant lo Blanch, p.134.

²⁷ Para un comentario de este precepto, véase a MORILLAS JARRILLO: “Tipología y clasificación de las sociedades cooperativas andaluzas” en AA.VV.: *Retos y oportunidades de las sociedades cooperativas andaluzas ante su nuevo marco legal*. Dickinson, 2017, p. 55 y ss.

Para terminar esta caracterización, refirámonos al régimen jurídico de las cooperativas de servicios públicos. Antes de poder constituir la, la entidad local promotora tendrá que haber aprobado la Ordenanza reguladora del servicio, asumir efectivamente su prestación (en caso de monopolio, mediante expediente de municipalización), y la fórmula de gestión indirecta a través de esta clase especial de cooperativa, todo ello de acuerdo con la legislación básica y autonómica andaluza de régimen local. Seleccionados los socios (ver epígrafe siguiente), la constitución propiamente dicha de la cooperativa, y todo su régimen de organización y funcionamiento se regirá por Derecho privado, fundamentalmente por la LSCA, el RSCA. No obstante, existen aspectos de su régimen jurídico en donde el Derecho Administrativo queda implicado a causa de la incorporación de un ente público y a la asignación a la sociedad del encargo de gestionar un servicio público. A ellos dedicamos el resto de este estudio.

IV. IMPACTO DE LA LEGISLACIÓN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA CONSTITUCIÓN DE UNA COOPERATIVA DE SERVICIOS PÚBLICOS

El régimen de las cooperativas de servicios públicos, en cuanto que sociedades de economía mixta, queda afectado por la legislación de contratación pública en los siguientes cuatro aspectos: a) la necesidad de un contrato entre la entidad pública (que simultanea la condición de titular del servicio público y de socio cooperativo); b) el tipo de contrato que debe celebrarse; c) el procedimiento de selección y de adjudicación del contrato; y d) por último, la duración de la cooperativa. Veamos cada uno de ellos.

En primer lugar, la puesta en funcionamiento de una cooperativa de servicios públicos no sólo implica crearla como nuevo sujeto jurídico. Requiere, además, que la entidad pública externalice el servicio y asigne a la cooperativa el título jurídico habilitante (contrato administrativo²⁸) para la realización de la actividad económica de interés general en régimen de servicio público. No basta, pues, la presencia entre los socios de la cooperativa de una entidad pública para que la sociedad quede habilitada para la prestación del servicio. Para esto último es imprescindible, entre otros requisitos, que además de existir la cooperativa donde confluya la colaboración público-privada, ésta ostente el título jurídico contractual que le permita llevar a cabo tal actividad, obtenido conforme a las reglas y procedimientos previstos en la legislación contractual. De ahí que el art. 182 del Reglamento General de la Ley de

²⁸ Las restricciones del elemento subjetivo de estas cooperativas, comentadas en el punto II, comportan que el contrato sea administrativo.

contratos de las Administraciones Públicas²⁹, establezca que “En los contratos de gestión de servicios públicos la sociedad de economía mixta figurará como contratante con la Administración, correspondiéndole los derechos y obligaciones propios del concesionario de servicios públicos.”

En segundo lugar, hay que dedicar atención al tipo de contrato que debe celebrarse con la cooperativa de servicios públicos. Como es sabido, la LCSP ha optado por la eliminación del contrato de gestión de servicios públicos³⁰, para sustituirlo por el contrato de concesión de servicios o el contrato de servicios, según, respectivamente, el riesgo de la operación se traslade o no al contratista, independientemente de que la actividad que éste realice constituya un servicio público. En este contexto, el groso de la derogada DA 29^a LCSP de 2011 se traslada a la DA 22^a LCSP, donde pervive la sociedad de economía mixta, pero restringiendo su posible objeto: ahora no permite que la sociedad sea contratista de un contrato de servicio, sino únicamente de concesión de servicios, aunque aquél también puede ser un vehículo para la gestión indirecta de servicios públicos. Esta inexplicable limitación, repercute negativamente en el posible juego de la sociedad cooperativa de servicios públicos, puesto que su ámbito de acción se verá igualmente constreñido.

En tercer lugar, la legislación de contratos repercute igualmente en el procedimiento para la selección de los socios con los que proceder a la constitución de una sociedad cooperativa de servicios públicos. La LAULA, al ocuparse en su art 43.2 de las Sociedades de economía mixta, determina que “(e)n todo caso, el proceso de constitución de estas sociedades tiene que asegurar la libre concurrencia y la igualdad de oportunidades del capital privado, por lo que la selección del socio privado estará sujeta a los procedimientos de concurrencia que resulten de aplicación según la legislación de contratos del sector público.” La norma es taxativa en cuanto a la necesidad de seleccionar a quienes vayan a ser socios de la cooperativa mediante un procedimiento de pública concurrencia competitiva en igualdad de condiciones.

Este requisito está previsto igualmente en el art. 104 TRRL, donde, en este contexto, puede leerse que “(e)n todo caso, deberá determinarse si la participación de los particulares ha de obtenerse únicamente por suscripción de acciones, participaciones o aportaciones de la empresa que se constituya o previo concurso en que los concursantes formulen propuestas respecto a la cooperación municipal y a la particular en la futura Sociedad, fijando el modo de constituir el capital social y la partici-

²⁹ Aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

³⁰ La decisión del legislador suscita numerosas e interesantes cuestiones jurídicas en las que no podemos entrar y que expone HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. (2016): “La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos” en *Revista EL CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 60.

pación que se reserve la Entidad local en la dirección de la Sociedad y en sus posibles beneficios o pérdidas y demás particulares que figuren en la convocatoria (...)”.

Se diría, pues, que son dos los procedimientos de selección de los socios de la cooperativa participada por una Entidad pública local: uno, la suscripción pública de participaciones en el capital social por quienes reúnan las condiciones objetivas para poder ser socio de la cooperativa; y otro el concurso de iniciativas en el que los concursantes formulen propuestas respecto a la futura sociedad (modo de constituir el capital social, participación reservada a la Entidad local en la dirección, etc.)³¹. Sin embargo, en la práctica, sólo tiene cabida la segunda fórmula, como se va a exponer.

La adjudicación del contrato público (de concesión de servicios) requiere, de acuerdo con la LCSP, de un procedimiento de selección pública, competitiva y no discriminatoria, a resultas del cual el contrato se adjudique a quien presente la oferta más ventajosa. Por ello, no es jurídicamente viable la adjudicación directa del contrato público a una sociedad de economía mixta que haya sido previamente constituida entre la Administración y socios privados elegidos de cualquier otro modo. Igualmente inválido resultaría que la Entidad local eligiera sin más una sociedad cooperativa preexistente a la que incorporarse como socio, para luego adjudicarle sin licitación pública el contrato público. Tampoco valdría, por discriminatoria, una licitación pública del contrato en donde la posibilidad de presentar ofertas se restringiera a sociedades cooperativas, salvedad hecha de las reservas legalmente previstas (art. 132, DA 4^a y 48^a LCSP).

Los supuestos de adjudicación directa propiamente dicha previstos en la LCSP son muy escasos y se reducen a los contratos menores, y a los encargos a medios propios (art. 32 LCSP). Con ninguno de estos dos supuestos de adjudicación directa se podría válidamente constituir en contratista de gestión de servicios públicos a una sociedad cooperativa mixta previamente existente. El primer caso, el contrato menor, habría que descartarlo en la práctica porque el art. 118 LCSP no contempla la figura del contrato menor para las concesiones de obras y de servicios, que son los dos contratos reservados por la DA 22^a para las sociedades de economía mixta. El segundo supuesto para la adjudicación directa está previsto para cuando el contratista es medio propio del Ente contratante. Este tampoco se aviene con la realidad de las sociedades cooperativas de servicios público como sociedad de economía mixta, porque los requisitos para que un Ente merezca la consideración de medio propio (y pueda ser objeto de adjudicaciones directas de contratos o encargos) del art. 32.2

³¹ Podría pensarse que el carácter personalista de las sociedades cooperativas se aviene mejor a la fórmula del concurso de iniciativas, pues permite que la adjudicación tenga en cuenta la participación privada en la actividad de la cooperativa y el dato de tener en común intereses o necesidades socioeconómicas, etc.

LCSP impiden que puedan serlo sociedades de economía mixta, al exigir que si se trata de entes de personalidad jurídico-privada, como son las sociedades, la totalidad de su capital tiene que ser de titularidad pública.³².

Por tanto, si un encargo de gestionar un servicio público se realiza por una Entidad local a quien no sea “medio propio o servicio técnico”, como ocurre con una Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos que tenga tanto socios privados como socios públicos, es condición ineludible de validez que ese encargo sea el resultado de un procedimiento de licitación pública, de los regulados en la legislación contractual.

La importancia de esta exigencia sobre el proceso de constitución de la sociedad cooperativa (en cuanto que sociedad de economía mixta) estriba en que las opciones para su efectiva constitución quedan en la realidad fuertemente reducidas porque, como bien se ha reconocido por la propia Comisión Europea³³, tener que pasar por una doble licitación pública, una primera para seleccionar a los socios privados y otra posterior para adjudicar el contrato de gestión de servicios públicos, “no resulta muy práctico”. Piénsese que en el segundo procedimiento, a la hora de adjudicar el contrato (y conseguir el título habilitante para desarrollar la actividad en régimen de servicio público), ninguna ventaja podrá irrogarse la sociedad cooperativa por el simple dato de su forma jurídica (salvo caso de empate)³⁴ o de la integración de la Entidad local en la propia sociedad, so pena de incurrir en discriminación. En definitiva, como bien destaca la Comisión, la doble licitación no resulta viable en la vida real. Es evidente lo desincentivador de una doble licitación para la colaboración público-privada, tanto por la dilación inherente al desarrollo de dichos procedimientos como por la incertidumbre jurídica que existiría en cuanto a la adjudicación de la concesión contractual a la sociedad de economía mixta formada con el socio privado previamente seleccionado.

Buscando una solución a la barrera jurídica que representa la doble licitación, en su célebre *Comunicación interpretativa relativa a la aplicación del Derecho comunitario* en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada³⁵, la Comisión sugirió sintetizar ambos procedimientos en uno que, respetando el carácter público, transparente y competitivo, pudiera servir para seleccionar el socio privado de una sociedad mixta y adjudicarle el contrato público. Con

³² En el asunto Stadt Halle (Asunto C-26/03) el TJCE se estableció la incompatibilidad entre el concepto de medio propio y la participación, si quiera minoritaria, de empresas privadas en dicho sujeto.

³³ Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada

³⁴ De acuerdo con el art. 116.2 LSCA “Las sociedades cooperativas gozarán de preferencia, en caso de empate, en la adjudicación de contratos de las administraciones públicas andaluzas”.

³⁵ Véase su apartado 2.2 *in fine*.

ello la viabilidad de la operación quedaría garantizada, pues se salvaguardarían los principios fundamentales de los arts. 43 y 49 del Tratado CE, así, como en su caso, de las Directivas sobre contratación pública³⁶.

La síntesis procedimental cuenta con respaldo en la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁷, que ha admitido que la adjudicación directa a la empresa de economía mixta (léase cooperativa de servicios públicos) es válida siempre y cuando la selección del socio se haga mediante licitación con pública concurrencia y en condiciones de no discriminación e igualdad de trato, en la que se verifique no sólo la capacidad de aportar el capital sino también los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión relativos al servicio que deba prestarse y de las características de la oferta en cuanto a las prestaciones que deban realizarse.

En la legislación de contratación pública se ha recogido este procedimiento posibilidad en la DA 22^a LCSP), donde se afirma que “las concesiones de obras y de servicios podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta (...), siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado”.

En resumen, el elenco de requisitos procedimentales derivados de la legislación de contratos para poder proceder a la constitución de una sociedad de economía mixta con forma cooperativa son:

- selección de los socios privados mediante procedimiento de pública y libre concurrencia no discriminatoria.

³⁶ Si bien el contrato de gestión de servicios públicos no resultaba afectado por las Directiva 18/2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, su objeto sí se recoge en los que regula de la Directiva 2014/23/UE del relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

³⁷ Por todas, su Sentencia de 15 de octubre de 2009 (asunto C-196/08, caso Acoset) en que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional italiano planteada en los siguientes términos “¿Es compatible con el Derecho comunitario, en particular con las obligaciones de transparencia y de libre competencia recogidas en los artículos 43, 49 y 86 del Tratado, un modelo de sociedad de economía mixta, creada únicamente para la prestación de un servicio público de naturaleza industrial y con objeto social exclusivo, que sea adjudicataria directa del servicio de que se trata y en la que el socio privado, de carácter “industrial” y “operativo”, sea seleccionado mediante un procedimiento de licitación pública, previa verificación tanto de los requisitos financieros y técnicos como de los requisitos propiamente operativos y de gestión relativos al servicio que debe proporcionarse y a las prestaciones específicas que han de ejecutarse?” Para un comentario de esta cuestión, ver el trabajo de GALLEGO CÓRCOLES: “La gestión de servicios públicos mediante sociedades de economía mixta en la jurisprudencia europea (I) y (II) en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n^o 105 y 106 respectivamente, 2011.

- usar para la selección de socios privados cualquiera de los procedimientos que, de conformidad con la LCSP, permita la adjudicación del contrato de concesión de servicios, a saber, procedimiento abierto, restringido, negociado o diálogo competitivo.

- adjudicar el contrato público habilitante para la prestación del servicio público de forma directa a la sociedad cooperativa de servicios públicos que tienen obligación de constituir los socios seleccionados junto con la Entidad local.

- plena coincidencia entre el objeto y condiciones que se tienen en cuenta para la selección del socio, por un lado, y el objeto y condiciones del contrato de concesión de servicio o servicio que se adjudique directamente a la sociedad de economía mixta, por otro. De lo contrario, se incurriría en una modificación sustancial del contrato que obligaría, como tiene declarado el Tribunal de Justicia³⁸, a una nueva licitación, dando al traste con las ventajas de la solución procedimental aquí comentada.

En cuarto lugar, como corolario de lo anterior, la sociedad cooperativa de servicios públicos perderá su objeto y su razón de ser en el momento de la extinción contractual. La duración finita del contrato administrativo de concesión de servicios³⁹, contagia a la propia sociedad. Sin embargo, si la actividad pudiera realizarse en régimen de mercado, la cooperativa podría pervivir, aunque ya sin beneficiarse de ninguna medida de exclusión de las reglas de libre mercado y competencia, y siempre que cambiara de clase de cooperativa, abandonando la de cooperativa de servicios públicos.

Para cerrar este punto, hagamos referencia a los elementos que deben ser objeto de publicidad en el anuncio de la licitación pública para la selección de socios y adjudicación del contrato de concesión de servicio. El art. 285 LCSP fija el contenido mínimo de los pliegos del contrato de concesión de servicio, aludiendo al objeto del contrato, condiciones de prestación del servicio y tarifas de usuarios, condiciones de solvencia del contratista, la distribución de riesgo y previsiones sobre cesión del contrato. Siguiendo el buen criterio de SANTIAGO IGLESIAS⁴⁰, el anuncio de licitación o los pliegos de condiciones también deberían cubrir los Estatutos de la futura sociedad, la duración del contrato, y el resto de los elementos por los que se vaya a

³⁸ En la Sentencia Acoset, ya citada, el Tribunal desciende a recordar que “una sociedad de capital mixto, público y privado, como la que se contempla el litigio principal, debe conservar el mismo objeto social todo el tiempo que dure la concesión, y que toda modificación sustancial del contrato obligaría a proceder a una licitación (véase en este sentido la sentencia de 19 de junio de 2008, presstext Nachrichtengentur GmbH, C-454/06, Rec. p. I-4401, apartado 34)”

³⁹ La LCSP afirma que los contratos de concesión de servicios “tendrán un plazo de duración limitado, el cual se calculará en función de las obras y de los servicios que constituyan su objeto”, y como duración máxima, según los casos, fija cuarenta, veinticinco y diez años (art. 29.6).

⁴⁰ *Las sociedades...* ob. cit, p. 192 y 193.

regir tanto la relación contractual entre la entidad adjudicadora y los socios privados, como la relación entre la Entidad pública y la futura entidad de economía mixta que se creará. Habría también que añadir, a la vista del concreto servicio público de que se trate, la enumeración de los requisitos de solvencia técnica, profesional, económica y financiera que haya de reunir la sociedad cooperativa, lo que puede repercutir en los que, a su vez, sean exigibles para alcanzar la condición de socio (en sus distintas modalidades) de la cooperativa. No estaría de más que también figurara el tiempo que se otorga a los socios para constituir la sociedad y en que se pudiera adjudicar definitivamente el contrato público.

A. Vigencia y modulación del principio de libre adhesión y baja voluntaria en las cooperativas de servicios públicos

Entre los principios informadores de la constitución y funcionamiento de las cooperativas figura en primer lugar el de “libre adhesión y baja voluntaria de los socios”⁴¹ (art. 4 LSCA). Este principio quiere expresar la idea de que las cooperativas son organizaciones voluntarias, abiertas a todas las personas capaces de utilizar sus servicios y dispuestas a aceptar las responsabilidades de ser socio sin discriminación de sexo, social, racial, política o religiosa⁴². El alta y baja de socios durante la existencia de la sociedad cooperativa es algo que se prevé más que como algo natural, como un principio inspirador del movimiento cooperativo. Por ello, de acuerdo con la legislación cooperativa, se puede adquirir la condición de socio en el momento de la constitución de la sociedad, pero también más adelante a través de la incorporación de nuevas personas a la sociedad cooperativa; y de forma semejante, la baja voluntaria permite al socio dejar de serlo.

Conociendo las peculiaridades procedimentales para la selección de socios para la constitución de sociedades cooperativas de servicios públicos, surge inevitablemente la pregunta de si puede tener vigencia tal principio, y en su caso, cómo se manifiesta. Para ello bueno será diferenciar la respuesta en función del momento en que se pretenda realizar los cambios de socios de la cooperativa.

⁴¹ Véase al respecto el estudio de VARGAS VASSEROT, C: “El principio cooperativo de puertas abiertas (adhesión voluntaria y abierta). Tópico o realidad en la legislación y en la práctica societaria” en *CIRIEC - España. Revista jurídica de economía social y cooperativa*, n^o 27 2015, donde se abordan las diferencias estructurales entre distintos tipos de cooperativas, para llegar a la conclusión de que el principio de libre adhesión no rige en ellas con igual intensidad y que su efectividad depende, en gran medida, del particular desarrollo estatutario de cada entidad.

⁴² Así lo expresa la *Declaración sobre la Identidad Cooperativa* de la Alianza Cooperativa Internacional de 23 de septiembre de 1995 (conocida también como *Declaración de Manchester*). Al respecto interesa PAZ CANALEJO (1995) “Principios cooperativos y prácticas societarias de la cooperación” en *REVESCO* n^o 61, p. 20 y MARTÍNEZ CHARTERINA (1995): “Los valores y principios cooperativos” en *REVESCO* n^o 61.

En cuanto al momento de la constitución societaria, el hecho de haber tenido que seleccionar a los socios a través de un procedimiento de pública y libre concurrencia competitiva no discriminatoria implica la imposibilidad jurídica de que en el momento de constituir la cooperativa otros sujetos no seleccionados de esta forma se agreguen a la sociedad⁴³. De otra manera se burlaría abiertamente el resultado de dicha selección.

En un segundo momento, una vez constituida la sociedad cooperativa de servicio público con los socios elegidos mediante licitación pública, y perfeccionado con ella el contrato para la prestación del servicio público ¿es admisible la baja voluntaria de cualquiera de ellos? ¿Qué consecuencias jurídicas tendría? ¿Sería legal proceder a la admisión de nuevos socios?

La cuestión de la mutabilidad de los socios en el concreto caso de la sociedad cooperativa de servicios públicos no se aborda directamente en la legislación de cooperativas. El RSCA al tratar de este tipo de cooperativas nada especifica sobre requisitos o límites a la adhesión o baja voluntaria de socios durante la vida de la cooperativa, ni menos aún de sus consecuencias para la sociedad. Tampoco lo hacía la LCSP de 2011, que sí se preocupaba de la cesión contractual de los contratos administrativos, de la absorción o de la escisión empresas que afecten al contratista, pero no de si los socios de una persona jurídica que sea contratista, podían modificarse. La nueva LCSP viene a llenar este vacío en su art. 214, donde se establece que “cuando los pliegos prevean que los licitadores que resulten adjudicatarios constituyan una sociedad específicamente para la ejecución del contrato, establecerán la posibilidad de cesión de las participaciones de esa sociedad; así como el supuesto en que, por implicar un cambio de control sobre el contratista, esa cesión de participaciones deba ser equiparada a una cesión contractual a los efectos de su autorización de acuerdo con lo previsto en el presente artículo. Los pliegos podrán prever mecanismos de control de la cesión de participaciones que no impliquen un cambio de control en supuestos que estén suficientemente justificados”. Al amparo de esta previsión, y de la concordante

⁴³ En este sentido, aunque no se refiere específicamente a cooperativas, SANTIAGO IGLESIAS afirma con toda rotundidad que como las personas que se convertirán en socios de la futura sociedad de economía mixta han sido seleccionadas mediante un procedimiento recogido en la LCSP; “no procede el que, ahora, en la fase de constitución jurídico-mercantil, antes del otorgamiento de la escritura de constitución, actuando la Administración y el socio privado, debidamente seleccionado como promotores, se proceda a la admisión de la participación de nuevos socios privados que no han sido seleccionados a través del correspondiente procedimiento administrativo” (2010: p. 229). Incluso añade esta autora una reflexión sobre la innecesariedad de proceder; tratándose de una sociedad de economía mixta, a ofrecer públicamente las acciones de la sociedad (está pensando en sociedades de capital) en un procedimiento de fundación sucesiva; y lo justifica en que el socio seleccionado habrá cubierto suficientemente las necesidades de financiación de la sociedad con la suscripción de la proporción de capital social que le corresponda en virtud del contrato.

de su art. 285 para contratos de concesión de servicio, puede materializarse el principio cooperativo de libre adhesión y baja voluntaria en las cooperativas andaluzas de servicios públicos, donde la idea misma de integrar como socios a trabajadores, o a los propios usuarios provoca la necesidad de un sistema que atienda a los cambios societarios (por ejemplo, sujetos que desean causar baja por no necesitar o desear usar el servicio, y otros con el deseo contrario).

Lo anterior habrá de articularse debidamente con la LSCA y su regulación del procedimiento y requisitos para poder convertirse en socio cooperativo y para causar baja voluntaria, que deja un importante espacio normativo a los Estatutos de la sociedad cooperativa, para que incorporen requisitos y condiciones al respecto, y funcionar como soporte para la lícita negativa por parte de la Cooperativa a acoger nuevos socios. Según el art. 18.4 LSCA “(l)a denegación expresa de la solicitud de admisión habrá de estar motivada y vinculada a la existencia de una causa justificada dispuesta en los Estatutos sociales o en una disposición normativa, o a la imposibilidad técnica derivada de las condiciones económico-financieras, organizativas o tecnológicas de la entidad”. Queda claro, por tanto, que el principio de “libre adhesión de socios” no implica un derecho subjetivo incondicionado del solicitante a incorporarse a la sociedad cooperativa, sino solo un derecho a solicitar la admisión⁴⁴. Diferente es el derecho a la baja voluntaria, que, según el art. 23 LSCA, sí se configura como derecho subjetivo, aunque puede estar sujeto a previsiones estatutarias de permanencia mínima o de ejercerse al final del ejercicio económico, y está sujeto a un plazo de preaviso cuyo incumplimiento no impide la baja, pero obliga a indemnizar eventuales daños y perjuicios a la sociedad⁴⁵.

Dada la diferente naturaleza del alta y la baja voluntaria, conviene diferenciar también su régimen. Comenzando por la baja voluntaria habría que distinguir en función de la actividad cooperativizada y del tipo de socio, los supuestos en que su ejercicio pudiera implicar la extinción del contrato público, con independencia de que la sociedad cooperativa pudiera pervivir previa mutación de clase. De este modo, por ejemplo, entre las causas de resolución incorporadas al contrato público habría de figurar el ejercicio por el socio público de su derecho de baja voluntaria, en consonancia con lo sostenido en el epígrafe II.

⁴⁴ LASSALETTA GARCÍA explica que “el carácter abierto sobre el que se construye el acceso a la condición de socio en modo alguno lleva implícito un «derecho subjetivo a la admisión» en la cooperativa, sino sólo un «derecho subjetivo a solicitarla». Véase su trabajo “Tipos de socios y otras formas de participación social” en PEINADO GRACIA (Dir.): *Tratado ob. cit.*, p.221.

⁴⁵ Escapan de este trabajo otras consecuencias de la baja, entre las que destaca el derecho de reembolso, tratado monográficamente por VIGUERAS REVUELTA (2015): *El derecho de reembolso en las sociedades cooperativas*. Tirant lo Blanch.

Por lo que hace a la incorporación de nuevos socios, el art. 18.4 LCSA determina que los límites a la libre adhesión serán los especificados en los Estatutos sociales; los derivados de disposiciones normativas aplicables (por ejemplo, los límites estructurales del capital social), y los que puedan subsumirse en la cláusula de ese mismo artículo referida a la imposibilidad técnica por condiciones económico-financieras, organizativas o tecnológicas de la entidad. En la medida en que esa incorporación represente una modificación contractual, también debería estar prefigurada en los pliegos que rigen la licitación del contrato público. Si se hubiera diseñado la cooperativa con socios usuarios, las posibilidades de alta de nuevos socios habrán de recogerse en los Estatutos atendiendo al mantenimiento de la estructura del capital de la sociedad y a otros factores relacionados con las características del servicio público en cuestión (siempre aplicadas de forma no discriminatoria), y con la máxima publicidad y transparencia en el procedimiento de admisión, especialmente si se sujetara a plazos, condiciones, etc. Otro tanto cabría decir para los socios trabajadores, si bien subrayando, sobre todo, los necesarios requisitos de solvencia profesional, que hubieran de ser exigidos en función del tipo de actividad que hubieran de desempeñar en la ejecución del contrato público.

Por último, habría que plantear la viabilidad de sustituir un socio por otro de idéntica clase. No sería factible para el socio Entidad pública, habida cuenta de que en la sociedad debe integrarse como Entidad local la que sea titular de la competencia para prestar el servicio público en cuestión en el ámbito geográfico de que se trate. En cambio para el resto de los socios, y especialmente para el socio empresario, sí podría considerarse en los términos de la LCSP.

V. PECULIARIDADES DEL CAPITAL SOCIAL DE LAS COOPERATIVAS DE SERVICIOS PÚBLICOS

Como ocurre con cualquier otro tipo de sociedad cooperativa, para constituir una de servicios públicos es necesario reunir un capital social, integrado por las aportaciones realizadas por los socios. La LCSA no fija un montante mínimo para el capital social pero, es obvio que éste habrá de estar en consonancia con la propia actividad societaria. Legalmente no se concibe el capital social como un fondo de explotación, sino como la referencia a la necesidad de contar con bienes susceptibles de valoración económica que permitan acometer una actividad empresarial⁴⁶. Los Estatutos de la sociedad obligatoriamente han de concretar su cuantía (capital social estatutario), y esta cifra tendrá que respetarse por el patrimonio social contable, so pena de entrar en causa legal de disolución (art. 79.1.f).

⁴⁶ MARTÍN REYES y OLMEDO PERALTA (2013): “El Capital social: concepto y funciones” en PEINADO GRACÍA (dir): *Tratado de Derecho de Cooperativas*, Vol 1, Tirar lo Blanc, p. 551.

Otra peculiaridad significativa del capital social en la legislación de cooperativas es el papel socializador que desempeña, al estar abierto a la concurrencia de diversos tipos de socios, a los que el capital se acomoda de diversas maneras. De ellas interesa en este estudio resaltar los límites porcentuales del capital social que puede corresponder a cada tipo societario.

A. Estructura del capital social

La preocupación del legislador por la estructura del capital social de las cooperativas se justifica, entre otros motivos, por reducir el poder que pueda ostentar cada socio y también por dotar a la sociedad de independencia frente a descapitalizaciones provocadas por la salida y reintegración a sus socios⁴⁷. De la conjunción de las previsiones de la LSCA y del RSCA derivan tres límites que operan sobre el capital social de una sociedad cooperativa de servicios públicos y que se establecen en función del tipo de socio. Son los siguientes:

a) El 45% del capital social figura como límite máximo para las aportaciones de cada socio, tanto en la modalidad de socio usuario, como en la modalidad de socio que sea entidad privada con experiencia demostrada en el sector (art. 54.3 LCSA). Es un límite individual, es decir, establecido para cada uno de los socios.

b) El 49% del capital social rige como límite máximo (y excepcional) para las Entidades Públicas promotoras⁴⁸ (art. 54.3 LCSA). Al igual que el anterior, este es un tope legal individual. La DA 22^a LCSP que exige, como novedad, una participación pública mínima del 51% del capital en las sociedades de economía mixta para aplicar la síntesis procedimental de adjudicación del contrato público, lo que podría suponer una importante contrariedad para la implantación de cooperativas de servicio público. Habría que recurrir al art. 104 TRRL que faculta a que el acuerdo constitutivo de empresas de economía introduzca “las especialidades internas tanto estructurales como funcionales que, sin perjuicio de terceros, exceptúen la legislación societaria aplicable”. El requisito de que la medida sea necesaria para promover y desarrollar la empresa mixta se cumple sobradamente porque de no poder acogerse a dicho procedimiento de licitación no podría crearse la cooperativa, como se expuso en el epígrafe anterior.

c) El 25% del capital social se fija como límite máximo para los socios trabajadores. A diferencia de lo previsto en los dos casos anteriores, el límite aquí no rige de

⁴⁷ *Ibídem*, p. 552

⁴⁸ VARGAS VASSEMONT critica, con razón en mi opinión, lo injustificado de este límite en el modelo cooperativo de la LSCA puesto que, teniendo en cuenta que ni los derechos políticos ni económicos de los socios están relacionados con el capital social que hayan suscrito, legalmente se desincentiva tener una mayor participación (2017: p. 380).

forma individual para cada eventual socio trabajador, sino de forma colectiva para el conjunto de aportaciones que puedan realizar tal tipo de socios. Así se deriva de la dicción reglamentaria cuando especifica que también “podrán participar (...) las personas socias trabajadoras que presten su trabajo personal en la sociedad, en este último caso hasta alcanzar el veinticinco por ciento del capital de la misma”.

Por consiguiente, una vez concretado estatutariamente el capital social de la cooperativa de servicios públicos podrá averiguarse el valor legal máximo de las participaciones de cada tipo de socio que la integre, de cara a la mejor estructuración interna de la sociedad cooperativa de servicios públicos y a facilitar la localización de los socios para la constitución de la sociedad.

B. Aportaciones societarias de la Entidad local promotora

El capital social de la cooperativa de servicios públicos no presenta ninguna modulación jurídica en cuanto a sus elementos, estando integrado por aportaciones de los socios. Generalmente las aportaciones serán dinerarias, aunque también podrán no serlo, siempre que se reúnan ciertos requisitos que trataremos enseguida. La aportación societaria es un negocio jurídico traslativo, por el que la sociedad cooperativa adquiere la titularidad de lo aportado. Dependiendo del momento en que se realiza la aportación, la LSCA distingue entre aportaciones constitutivas y sucesivas. Unas y otras pueden ser, a su vez, obligatorias o voluntarias.

Los Estatutos han de determinar el montante de las aportaciones obligatorias constitutivas, que ha de coincidir con el capital social estatutario. La LCSA exige que el capital social se suscriba íntegramente (art. 54.2) y que en el momento de la suscripción se desembolsen al menos un cincuenta por ciento de las aportaciones obligatorias constitutivas. Los Estatutos pueden establecer condiciones y plazos para el desembolso del resto de las aportaciones, en los tres años siguientes (art. 55.3).

El régimen jurídico de las aportaciones de los socios en las cooperativas de servicios público no tiene en el RSCA ninguna peculiaridad. Rige, en principio, las normas generales establecidas por la LSCA (art. 54 y ss) y por el RSCA en su desarrollo⁴⁹. Sin embargo, por lo que hace a la aportación de la Entidad pública, existen algunas especialidades jurídico-administrativas que han de traerse a colación.

Una de las más significativas, puesto que se separa de lo previsto en la LCSA, se refiere al desembolso de la aportación de la Entidad local. Como se conoce, la LCSA exige que el capital social se suscriba íntegramente, y que, al menos esté desembolsado en un cincuenta por ciento (art. 54.2). Sin embargo, tratándose de las

⁴⁹ Para un comentario sobre las aportaciones de los socios al capital social bajo la vigencia de la LCSA y su reglamento, véase el apartado III del trabajo de VARGAS VASSEROT (2017: p. 379 y ss.)

Entidades públicas, hay que tener en cuenta que, en el ámbito local, tanto desde el RSCL⁵⁰ como desde el RBELA⁵¹, se añade la obligación de desembolsar íntegramente el capital suscrito mediante aportaciones dinerarias desde el momento de su constitución. El mayor rigor para con las Entidades locales en lo referente a la inmediatez del desembolso dinerario es de suponer que facilita el desembolso que corresponda hacer al resto de los socios, aunque esto queda a lo que se decida en los Estatutos.

En cuanto al procedimiento administrativo para que las Entidades andaluzas realicen la aportación, hay que entender que, si bien la aportación a la sociedad implica para la Entidad pública una enajenación, realmente ésta no obedece a una venta de bienes patrimoniales en sentido puro, sino a la obligación de constituir una sociedad para la gestión indirecta de un servicio público⁵², junto con los socios previamente seleccionados. No es necesaria, pues, una licitación específica para la aportación de la Entidad local⁵³. Con todo, la imperatividad de una participación mayoritaria pública en las sociedades de economía mixta de la nueva DA 22^a, conlleva que siempre pueda recurrirse a la adjudicación directa de bienes patrimoniales prevista en el art. 21.g LBELA⁵⁴.

Además, el RSCL agrega una determinación relativa a los documentos para la constitución societaria, estableciendo que “el valor de la aportación de la Entidad pública local ha de fijarse, por todos los conceptos en la escritura fundacional de la cooperativa”. La expresión “escritura fundacional” no creo que deba entenderse en el sentido literal, sino comprensiva del acta de la asamblea constituyente, que puede ser suficiente (sin necesidad de elevarla a escritura pública) para inscribir la cooperativa, de acuerdo con lo que dicta el art. 7 RSCA al desarrollar la LSCA.

⁵⁰ En su art. 109.2 se lee que “El capital efectivo que aporten las Corporaciones locales deberá estar completamente desembolsado desde la constitución”.

⁵¹ El art. 44.1 de esta norma prescribe que “Las aportaciones dinerarias de las Entidades locales a las sociedades (...) cooperativas (...) en las que legalmente tuvieren participación y cuyo objeto sea la prestación de servicios o actividades económicas desarrolladas en el ámbito de su competencia, deberán estar totalmente desembolsadas y representadas por sus correspondientes títulos”.

⁵² Esta es la *ratio decidendi* en la STS (sala 3^a sección 4^a) de 22 marzo 2006 (FJ 10), que hacemos nuestra. El problema jurídico planteado en este caso era resolver la laguna jurídica relativa al procedimiento administrativo para proceder a la venta de acciones de una sociedad mercantil pública de cara a la generación de una sociedad de economía mixta.

⁵³ Otros autores prefieren explicar la innecesariedad de previa licitación específica para la designación del destinatario de la aportación afirmando que se trata de un supuesto de adjudicación directa. Así, CORRAL GARCÍA y LÓPEZ PELLICER: *Reglamento de Bienes de las Entidades locales*. El Consultor, 2001, p. 281, con apoyo en COBO OLVERA: *Adquisición, utilización y enajenación de los bienes de las Entidades locales*, El Consultor, 1997, p. 226 y ss.

⁵⁴ Las cooperativas andaluzas de servicios públicos no podían beneficiarse de esta previsión en la medida en que la legislación andaluza de cooperativas restringe la participación pública al 49%, límite que la DA 22^a LCSP obliga a saltar, de facto, como se ha explicado en el texto principal.

Éste es el lugar también para recordar que las aportaciones de las Entidades locales, representadas por sus correspondientes títulos⁵⁵, habrán de tener su reflejo en el Inventario General Consolidado de los Bienes y Derechos de la Entidad local, por ser ésta un deber establecido por la legislación patrimonial andaluza⁵⁶.

Especial atención reclama el tema del tipo de bienes que pueden conformar las aportaciones de la Entidad pública. La LCSA establece como regla general que las aportaciones sean dinerarias (“se realizarán en moneda de curso legal” dice su art. 54.4), pero también se admiten aportaciones en especie, a condición de que se autoricen por la Asamblea General, y se hagan con “bienes o derechos evaluables”. Sobre este aspecto, el RSCA no refleja ninguna especialidad al regular las sociedades cooperativas de servicios públicos, por lo que les resulta plenamente aplicable el art. 54.4 LCSA, que rige para todo tipo de cooperativas. Este artículo dispone que “Las aportaciones se realizarán en moneda de curso legal y, de autorizarse por la Asamblea General, podrán consistir en bienes y derechos evaluables económicamente, en cuyo caso, se estará a lo dispuesto en la normativa legal aplicable en lo que a su entrega y saneamiento se refiere. La expresada autorización podrá tener un carácter general, sin que sea preciso su acuerdo en cada caso. El régimen de valoración de las aportaciones no dinerarias se determinará reglamentariamente”.

Estos condicionantes sirven para las aportaciones en especie que pudieran corresponder a los socios usuarios, trabajadores o empresarios seleccionados para conformar la Cooperativa de Servicios Públicos, y también, cómo no, para las de la Entidad pública. Pero respecto de éstas últimas, es menester averiguar si el régimen patrimonial administrativo propio de las Entidades Locales, en cuanto que sujetos jurídico-públicos, contiene alguna peculiaridad que suponga una condición adicional, o incluso una restricción, a las posibilidades de realizar aportaciones no dinerarias a una cooperativa de servicios públicos.

Llegados a este punto, hemos de suscribir en todo la opinión, común entre la doctrina, que advierte acerca de la improcedencia de realizar aportaciones no dinerarias al capital social a base de bienes demaniales, debido a las condicionantes constitucionales fijados para ellos en el art. 128 CE⁵⁷. En efecto, los principios cons-

⁵⁵ Las modalidades de titulación recogidas en el art. 42.3 RSCA, al amparo del art. 55 LCSA, son tres: títulos o libretas de participación nominativos, fichas o relación nominal de socios con su correspondiente importe, y, finalmente, anotaciones en cuenta.

⁵⁶ En efecto, el art. 59.2 LBELA prevé que “todo acto administrativo de adquisición, enajenación, gravamen o que tenga cualquier tipo de repercusión sobre la situación física y jurídica de los bienes se anotaré en el inventario.”

⁵⁷ Voces autorizadas en este punto son las de SANTIAGO IGLESIAS (2010): *Las sociedades de economía mixta*, ob. cit, p. 122 y ss; MONTOYA MARTIN (2011): “Gestión de servicios locales a través de empresas municipales y mixtas” en *Tratado de Derecho Municipal*, Iustel, vol. 3, p. 2943 y ss; PENDÓN

titucionales de imprescriptibilidad, inembargabilidad, y muy especialmente el de inalienabilidad, resultan del todo incompatibles con una traslación de dominio a favor de la sociedad cooperativa como la que implica una aportación cuyo objeto fuera un bien demanial⁵⁸. Nuestro ordenamiento se posiciona sin ambages a favor de que la titularidad de un bien demanial se mantenga en manos públicas (art. 5.1 LPAP⁵⁹). Pero tan claro como esto es que existen títulos jurídicos habilitantes de cierto tráfico jurídico sobre los bienes públicos que transfieren a terceros derechos temporales de uso sobre bienes de dominio público, que no afectan a la titularidad del bien en sí misma considerada (pues mantienen a la Administración como propietaria) sino únicamente a su uso (graduable en cuanto a su exclusividad), y además son títulos susceptibles de valoración económica.

En ese sentido no tendría que descartarse la posibilidad de que el objeto de la aportación fuera una concesión demanial que, según prescribe el art. 97 LPAP⁶⁰ otorga a su titular (en nuestro caso la sociedad cooperativa) un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que construya para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión (la prestación del servicio público) y con “los derechos y obligaciones del propietario”⁶¹ durante la vigencia temporal

MELÉNDEZ (2013): “El capital social. Aportaciones al capital social” en PEINADO GRACIA (dir.): *Tratado de Derecho de cooperativas*. Tomo I. Tirant lo Blanch, 2013, p. 569. También la Dirección General de los Registros y del Notariado mantiene esta postura, como muestra su Resolución de 15 de julio de 2016 publicada en el BOE núm. 196, de 15 de agosto de 2016, que resuelve un recurso contra la denegación de inscripción en el Registro de la Propiedad, con ocasión de un concurso voluntario de acreedores por el que se procedía a la venta de una finca que se reputaba de dominio público y que se había aportado al capital de una sociedad mercantil. Asumiendo la doctrina de la muy conocida Resolución de 12 de septiembre de 1985, que negó la posibilidad de que por un ayuntamiento se pudieran aportar al capital social de una sociedad privada municipal diversos bienes de dominio público, y dejando muy claro que “no es posible legalmente realizar aportaciones sociales con bienes de dominio público, pues a ello se opone tanto el que el régimen del dominio público repele que pueda pasar su titularidad a una sociedad mercantil, como que el régimen de la sociedad mercantil repele que el capital pueda ser cubierto, en todo o en parte, con bienes de dominio público”, se añade en 2016 que “además, la inalienabilidad de los mismos hace imposible su transmisión a una persona jurídica distinta del propio ente local titular del bien público, y, por otra parte, menoscaba la función de garantía patrimonial de los acreedores sociales que cumple el capital social. De ahí que la mayoría de la doctrina estime que la única aportación relativa a bienes de dominio público que resulta factible es la de derechos reales sobre los mismos, de igual forma que se hace con un concesionario, sin que sea transmisible su titularidad”.

⁵⁸ En este sentido, SANTIAGO IGLESIAS (2010: p. 125), con apoyo en MENÉNDEZ (1985): “Sociedad privada municipal y aportaciones de bienes de dominio público” en REDA n^o 47, p. 422.

⁵⁹ Innecesario es recordar que su definición de bienes de dominio público es de aplicación general, de acuerdo con la Disposición Final 2^a de la LPAP.

⁶⁰ De acuerdo con la Disposición Final 2^a de la LPAP, este precepto es de aplicación general (aptdo. 1) y también de carácter básico (aptdo. 2).

⁶¹ Coincido con FERNÁNDEZ SCAGLIUSI en que hubiera sido más apropiado que la Ley equiparara al concesionario con un superficiario que con un propietario (2015: *La rentabilización del dominio*

de la misma. Concebida como un derecho real, la concesión, se diseña legalmente en el art. 98 LPAP, como un derecho que, previa autorización administrativa, es susceptible de cesión o transmisión y también de hipoteca⁶² (si bien únicamente como garantía de los préstamos para financiar la realización de obras, construcciones e instalaciones fijas ubicadas en el dominio público objeto de la concesión). Como bien precisa FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, la LPAP busca con ello “garantizar la plenitud del dominio dividido a favor del concesionario, otorgándole un derecho real sobre las construcciones que, desligado así del «suelo demanial» sobre el que se asienta, le permita realizar operaciones de transmisión, financiación e hipoteca sobre su derecho que no entren en colisión con los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad del dominio público”⁶³. Con todo, no ha de ocultarse que la autorización previa y demás condicionantes que limitan la libre transmisibilidad del título concesional, pueden representar una dificultad para no pocas operaciones, y la imposibilidad de funcionar como garantía frente a los acreedores⁶⁴.

Todo lo anterior nos lleva a postular que, si bien jurídicamente es posible concebir que la aportación de la Entidad pública pueda realizarse (total o parcialmente) con concesiones demaniales, la fórmula no ha de tomarse como la recomendada con carácter general, sino que es necesario valorar su oportunidad y conveniencia *ad casum* para poder analizar, a la vista del tipo de bien demanial y los diversos usos que pudiera acoger, las posibilidades prácticas de cumplir con las funciones designadas al capital de una sociedad cooperativa. En definitiva, habrá de considerarse de forma particular y a la vista de sus concretas características, la facilidad de la concesión demanial para ser transformada en dinero en un embargo y ejecución ante la eventual necesidad de responder de las deudas sociales. No sólo, pues, importa el dato de la evaluabilidad del derecho concesional, como parece establecer la legislación cooperativa antes mencionada. Desde esta advertencia es como hay que entender, en mi opinión, el art. 23.2 LBEA: “Cuando se trate de sociedades mercantiles en cuyo capital social participasen íntegra o parcialmente, las Entidades locales *podrán* aportar la concesión demanial debidamente valorada”.

público en tiempos de crisis: ¿nuevas tendencias coyunturales o definitivas? Tecnos, p. 210)

⁶² La Ley Hipotecaria también se refiere expresamente a las concesiones administrativas demaniales en su art. 107, cuando dice: “También serán hipotecables: (...) Sexto. Las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público, y los edificios o terrenos que, no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados a aquellas obras, quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del derecho del concesionario”.

⁶³ (2015: p. 205)

⁶⁴ MONTOYA MARTÍN señala que, al tener que permanecer afectos al servicio público, los acreedores no tendrán acceso a estos bienes (2011: p. 2944).

De este art. 23.2 LBELA comentaremos dos aspectos. El primero es que sólo aluda a las sociedades mercantiles, haciendo omisión de las sociedades cooperativas en las que tengan participación las Entidades locales, a las que, sin embargo, sí se ha referido, en su apartado 1, para regular la aportación con bienes patrimoniales. Lejos de considerar que este silencio ha de interpretarse como una prohibición de aportar concesiones a las sociedades cooperativas de servicios públicos, y teniendo en cuenta que nada obsta a que una sociedad cooperativa pueda ser titular de una concesión administrativa, bien puede sostenerse que se trata más de una imperfección de la norma provocada por un *lapsus* del legislador, que de un límite negativo al régimen de las aportaciones cooperativas.

En segundo lugar, del art. 23.2 LBELA hay que destacar que la habilitación para proceder a la aportación se condiciona a un cúmulo de requisitos, a saber:

a) la condición de socio en la cooperativa de la Entidad pública aportante. Este requisito deriva de algo obvio como es que solo los socios pueden realizar aportaciones. Por ello, el supuesto de hecho de la norma incorpora la exigencia de que la Entidad local participe en la sociedad. La aportación no es una simple donación gratuita, sino que tiene como causa la adquisición de la condición formal de socio integrante de la cooperativa. Como el precepto se redacta aludiendo a las sociedades mercantiles, se prevé tanto la participación íntegra como parcial. Sin embargo, tratándose de sociedades cooperativas, ya se sabe que no cabe constituir las con un socio único, sino que son necesarios, al menos tres socios.

b) la debida valoración de la concesión que se aporta. Sobre este particular, el art. 45.4 RBELA puntualiza que ha de tratarse de una valoración técnica en la que deben tenerse en cuenta tanto el valor material de los bienes e instalaciones objeto de la concesión como su valor de explotación derivado de su carácter necesario para la prestación del servicio (art. 45 RBELA).

c) el carácter oneroso de la concesión. Se justifica este requisito en que es preceptiva la fijación de un canon, para cuya cuantificación, el art. 45 RBELA cuida de precisar que si la sociedad no va a prestar el servicio en régimen de monopolio, la cuantía del canon garantizará que se cumplan las exigencias de la legislación de la Unión Europea en materia de libre competencia.

La legislación patrimonial de las Entidades locales de Andalucía se preocupa de diseñar el expediente administrativo que debe tramitarse para cristalizar la aportación de concesiones a una sociedad de economía mixta. Según el art. 23 LBELA éste debe constar de un informe jurídico y de un estudio económico financiero, así como de una tasación pericial (independiente, por tanto) a través de la que se concrete el valor de la concesión al que se ha hecho mención anteriormente. Finalmente, la Ley realiza una atribución competencial al Pleno del Ayuntamiento para la apro-

bación de la aportación concesional a la sociedad, que debe acordarlo por mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación.

Por último, hemos de referirnos a la previsión en la LBELA de que las concesiones demaniales y la de bienes demaniales afectos al servicio público pueden aportarse también bajo la fórmula de la prestación accesoria⁶⁵ (retribuida o no), aunque haciéndose eco de la legislación mercantil⁶⁶, prohíbe taxativamente que las prestaciones accesorias integren el capital social de la empresa. Es bien conocido que la figura de las prestaciones accesorias⁶⁷, propia de las aportaciones sociales en las sociedades de capital, no recibe regulación alguna ni en la LSCA ni en su reglamento cuando tratan del régimen económico de las sociedades cooperativas, y mucho menos de las de servicios públicos. Surge, por tanto, la duda de su admisibilidad en las sociedades de economía mixta con forma cooperativa que pudieran promoverse por Entidades locales andaluzas⁶⁸.

Finalmente apuntemos que existe autorizada doctrina⁶⁹ que no ve impedimento en que la aportación al capital social cooperativo consista no en una concesión

⁶⁵ MONTOYA MARTÍN (2011: p 2944) valora como acertada esta solución de aportación de bienes.

⁶⁶ Según el art. 86.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, “en ningún caso las prestaciones accesorias podrán integrar el capital social.”

⁶⁷ Las prestaciones accesorias son colaboraciones de los socios que contribuyen al fin común societario y son objeto de obligaciones individuales frente a la sociedad, como las aportaciones en sentido estricto, pero se diferencian de ellas porque son, como su nombre refleja, obligaciones accesorias, complementarias de la principal de realizar las aportaciones sociales en forma de acciones o participaciones, y además nunca se incorporan al capital social. Son obligaciones de naturaleza social y origen estatutario. Las prestaciones accesorias se consideran vehículo apropiado para que los socios presten a la sociedad ciertas colaboraciones que tienen vedado su acceso a la aportación de capital pero que pueden resultar interesantes para la sociedad Véase al respecto JIMÉNEZ SÁNCHEZ, g. y DÍAZ MORENO, A. (2014): *Derecho mercantil. Volumen 3º Las sociedades mercantiles*. Marcial Pons, p. 300-301.

⁶⁸ Para que pudieran tener algún sentido no habrían de coincidir estas eventuales aportaciones accesorias con el derecho a “utilizar los bienes de dominio público necesarios para el servicio” que el art. 128 RSCL reconoce al concesionario de servicios públicos, cuya posición jurídica corresponde a la sociedad de economía mixta (art. 182 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: “En los contratos de gestión de servicios públicos la sociedad de economía mixta figurará como contratante con la Administración, correspondiéndole los derechos y obligaciones propios del concesionario de servicios públicos.”).

⁶⁹ Así, SANTIAGO IGLESIAS (2010: p. 134) no encuentra razón desde el punto de vista del Derecho Administrativo para valorar como aportación al capital social el derecho de gestión del servicio a una sociedad de economía mixta, por considerarlo valorable económicamente y susceptible de transmisión; o MOLTÓ CARBOLNELL (2002: p. 171), quien, dando por sentado tal posibilidad, se preocupa por la naturaleza jurídico-patrimonial que le pueda corresponder, decantándose por la de bien patrimonial; o GARRIDO GALLA, quien destaca que con tal aportación se superpondrían un contrato de concesión y otro de sociedad. (2002) *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, p. 434.

demanial sino en la concesión misma de gestión de servicio público⁷⁰, como título que otorga a la Sociedad un derecho exclusivo⁷¹ de explotación y gestión sobre tal servicio, a su riesgo y ventura y, en cuanto tal, susceptible de valoración económica y transmisión.

VII. ORGANIZACIÓN, TOMA DE DECISIONES. Y CONTROL ADMINISTRATIVO SOBRE LAS CONDICIONES DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO

Unas de las características de las cooperativas es que ni la constitución y composición de los órganos de la sociedad, ni la adopción o impugnación de sus acuerdos se configuran teniendo en cuenta la composición del capital. A diferencia de lo que ocurre en las sociedades de capital, el porcentaje de participación en el capital cooperativo no representa la medida de los derechos de los socios, sino que, bajo la regla de “un socio, un voto”, en las cooperativas de primer grado (como son las de servicios públicos) es el voto de la mayoría societaria el que puede constituir órganos sociales y adoptar acuerdos⁷². En este punto las cooperativas de servicios públicos se siguen las normas generales de la LSCA, y dos únicas pautas aportadas por el RSCA.

Al regular la organización de las cooperativas, la LSCA precisa que la dirección y administración corresponde a dos órganos preceptivos: la Asamblea General y el órgano de administración (art. 26)⁷³. La Asamblea General es un órgano de funcionamiento no permanente, integrado por el conjunto de los socios de la cooperativa⁷⁴. Es, por ello, el órgano supremo de expresión de la voluntad social en los asuntos que sean de su competencia legal o estatutaria (art. 27 y 28), tales como la aprobación de

⁷⁰ Algunas Comunidades Autónomas sí han previsto esta modalidad. Así, por ejemplo, la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Régimen Local de la Comunidad Autónoma de Aragón y la Ley 1/2003, de 3 de marzo de la Administración local de La Rioja. Sus arts. 215 y 216, respectivamente, al regular la gestión indirecta mediante sociedad mercantil con responsabilidad limitada o cooperativa, permiten que la aportación de las entidades locales pueda consistir “en la concesión del servicio u otra clase de bienes o derechos que tengan la consideración de patrimoniales y sean valorables económicamente.”

⁷¹ El carácter exclusivo del derecho de explotación lo subraya MOLTÓ CARBONELL (2002): “Tres tipos de participación local en la empresa” en *Revista de Estudios de la Administración Local* núm 289, p 171. Destaca este autor que “no tendría sentido (...) conceder el ejercicio de una actividad de libre prestación”.

⁷² VARGAS VASSEMONT (2017): “El capital social y otras formas de financiación en la cooperativa” en AA.VV.: *Retos y oportunidades...* ob. cit. p. 378, y “Régimen económico” en PEINADO GRACIA (Dir.): *Tratado...* ob. cit. p. 552. En estos trabajos se describen otras funciones del capital social distintas de la organizativa.

⁷³ Otros órganos de carácter potestativo se regulan en los arts. 40 a 45 LCSA. Para su comentario, consúltese el trabajo de MACÍAS RUANO (2017): “Órganos potestativos en el régimen jurídico andaluz de sociedades cooperativas (arts. 43-45 LSCA) en AAVV: *Retos y oportunidades...* ob. cit. 297 y ss.

⁷⁴ Véase PEINADO GARCÍA y VÁZQUEZ RUANO (2013): “Sociedades Cooperativas” en JIMÉNEZ SÁNCHEZ y DIÁZ MORENO: *Derecho Mercantil*. Vol. 3^o, Marcial Pons, p. 981.

cuentas anuales, la modificación estatutaria, el nombramiento y cese de los miembros del órgano de administración, etc⁷⁵. El derecho al voto en la Asamblea (art. 31 LSCA) aporta una nota distintiva propia de las cooperativas. Mientras que en las sociedades de capital la potencia de voto del socio va unida a su participación en el capital, en las cooperativas, al amparo del principio democrático que inspira su estructura, gestión y control (art. 4), rige la máxima “un socio, un voto”. Así, el art. 31 LSCA dice: “cada persona socia común tendrá derecho a un voto”⁷⁶.

Evidentemente, estas reglas sitúan por definición a la Entidad local, en una posición de minoría frente al resto de socios en la Asamblea. Seguramente por ello, el RSCA permite aplicarles las especialidades de las cooperativas mixtas, para que, de acuerdo con el art. 106 LCSA, sus Estatutos fijen “los criterios de relación equitativa y proporcional entre los socios y socias que desarrollen cada una de las actividades, determinando, en su caso, los derechos y obligaciones de cada clase”. Cabría plantear si esto permite una modulación del derecho a voto, en consonancia con las excepciones a la legislación societaria que ampara el art. 104.2 TRRL, e introducir el voto plural ponderado en las cooperativas de servicios públicos⁷⁷. Este tipo de voto se contempla en la LSCA solo para las sociedades cooperativas de servicios, pero sin embargo la Ley estatal 27/1999 de cooperativas lo admite expresamente para los socios que sean entidades públicas (art. 26).

También se obliga a que en los órganos sociales exista una representación de cada actividad cooperativizada integrada en la sociedad, y se admite que los Estatutos reserven la Presidencia y Vicepresidencia a socios que desarrollen una determinada actividad. En las cooperativas de servicios públicos, habría que valorar cuál de los tipos de socios, en atención a su actividad y a lo que ésta signifique para el servicio público, podría tener reservados tales puestos.

Junto con la Asamblea General de Socios, toda cooperativa ha de contar con un órgano de administración, de carácter permanente. A este órgano la Ley le confiere el gobierno, la gestión y la representación de la sociedad cooperativa, ejercidos con sometimiento a la ley, a los Estatutos y a las directrices generales fijadas por la Asamblea General. La Ley le encomienda la gestión diaria de la cooperativa (art.

⁷⁵ Para un comentario de las competencias de la asamblea general en la LSCA, véase CRUZ RIVERO (2017): “La asamblea general (I). Concepto, competencias, clases y convocatoria” en AAVV: *Retos u oportunidades...* ob. cit., p.145 y ss.

⁷⁶ Como excepción, para las cooperativas de servicio se regula el voto ponderado (art. 106 LSCA).

⁷⁷ No han de esconderse las críticas a este tipo de voto por su escasa utilidad práctica y por lo dificultoso que resulta para adjudicar y contar, como advierte BAENA BAENA (2017): “La asamblea general (II). Constitución. Celebración. Impugnación de acuerdos” en AAVV: *Retos u oportunidades...* ob. cit., p.194.

37.2), de forma que su buen funcionamiento asegura la adecuada prestación del servicio público, en nuestro caso.

La LSCA diseña tres tipos posibles de órgano de administración, a elección de los Estatutos. La fórmula general es el Consejo Rector (art. 36 a 41 LSCA), que al ser un órgano colegiado, a veces su régimen de funcionamiento resulta poco ágil para cumplir su cometido⁷⁸. Sólo se admite la previsión estatutaria de una Administración única o una Administración solidaria (de dos personas) para cooperativas de menos de diez socios (art. 42 LSCA). Por lo improbable de una cooperativa de servicios públicos tan reducida, lo normal será que su gestión se lleve a cabo por un Consejo Rector⁷⁹.

Los Estatutos establecen la composición del Consejo Rector, con un mínimo de tres miembros que asumirían la Presidencia, Vicepresidencia y la Secretaría, pero sin máximo legal alguno, salvo que fuera de aplicación la DA 12^a LBRL⁸⁰.

La Asamblea general elige por mayoría simple y en votación secreta a los administradores o los miembros del Consejo Rector, de entre los socios⁸¹ de la cooperativa^{82,83} que estén libres de causas de incapacidad, prohibición o incompatibilidad

⁷⁸ La observación crítica es de TATO PLAZA (2013): “Órganos sociales” en PEINADO GARCÍA (Dir.): *Tratado*, ob. cit., p. 440.

⁷⁹ Téngase en cuenta que el proyecto de ley de modificación de la LSCA contempla para el art. 36 que “No obstante, en las sociedades cooperativas de primer grado integradas por dos personas socias comunes los estatutos sociales deberán atribuir la administración de aquéllas a dichas personas administradoras, pudiendo elegir entre la Administración Única o Solidaria de la entidad.”

⁸⁰ Los entes pertenecientes al sector público local, desde la modificación de la LBRL por la LR-SAL, tienen establecido un número máximo de miembros de su consejo de administración, que dependiendo de la clasificación que el Pleno de la Entidad local le asigne al ente en cuestión, variará de entre 15 a 9 miembros máximos (DA 12^a LBRL). Sin embargo, las cooperativas de servicios públicos no satisfacen las condiciones para engrosar el sector público local en la medida en que, directa o indirectamente, el capital social de la cooperativa no esté participado mayoritariamente por Administraciones Públicas, ni disponga de votos mayoritarios, ni tenga derecho a nombrar o a destituir a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la sociedad, ni el administrador único o la mayoría de los miembros del consejo de administración de la sociedad. Estos criterios son los recogidos en el art. 2 del Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria, en su aplicación a las entidades locales.

⁸¹ Como excepción, el art. 38.2 LSCA consiente que los Estatutos admitan consejeros que no sean socios pero cuenten con cualificación profesional, experiencia técnica o empresarial, y les otorga derecho a voto. No pueden superar en número al tercio de los consejeros que sí sean socios.

⁸² Difiere en este punto el régimen de las sociedades de capital, donde la regla general es precisamente la contraria, es decir, que salvo que los Estatutos digan otra cosa, no es condición ser socio para poder ser nombrado administrador de la empresa (art. 212 Ley de Sociedades de Capital)

⁸³ La LAULA nada determina sobre las condiciones para que una Entidad local pueda designar a la persona física de sus consejeros, pero sí lo hace el RSCL en su art. 108 al regular la gestión por empresa mixta con sociedades anónimas o de responsabilidad limitada. Allí se dispone que “Los representantes que

(art. 48). Sin embargo, la designación de consejeros se limita si legal o estatutariamente se reservan puestos para representación de alguna clase de socio. Así, por reenvío del art. 101 RSCA al art. 106 LSCA, en las cooperativas de servicios públicos “deberá existir una representación de cada una de las actividades cooperativizadas integradas en la sociedad y, estatutariamente, se podrán reservar la Presidencia y Vicepresidencia a los socios y socias que desarrollen una determinada actividad”.

Los acuerdos del Consejo Rector se toman por mayoría simple de los votos válidamente emitidos en cada sesión. No rige para el Consejo Rector el mismo principio democrático inspirador del derecho de voto que en la Asamblea General (un socio, un voto). Pese a ello, la eventual reserva de la Presidencia a la Entidad local, no le asegura necesariamente una influencia dominante sobre la cooperativa, pues, desde el punto de vista de los votos, la Presidencia únicamente sirve para dirimir posibles empates (art. 39.3 LSCA).

Puede plantearse, por otro lado, si resulta oportuno trasladar al régimen de la adopción de acuerdos de las cooperativas de servicios públicos, la previsión del art. 106 RSCL relativa a que los órganos de gobierno y administración de las sociedades mixtas (anónimas y de responsabilidad limitada) tomen ciertos acuerdos por una mayoría cualificada⁸⁴, excepcionándolos de la regla general de mayoría simple, que es también la que rige en la LSCA. En la medida en que la mayoría cualificada exige ponerse de acuerdo en dichos asuntos, pero no prohíbe que esas decisiones puedan tomarse, cabe sugerir su incorporación a los Estatutos, apelando a las excepciones que el art. 104 TRRL permite hacer a la legislación de sociedades.

En otro orden de cosas, para hacer frente al posible déficit de cualificación profesional y técnica del Consejo Rector, la legislación andaluza de cooperativas prevé que los Estatutos pueden hacer uso de la figura de la Dirección (art. 47 LSCA), a quien se puede otorgar facultades y poderes circunscritos a los asuntos concernientes al giro o tráfico empresarial ordinario de la sociedad cooperativa. Ni la LSCA ni

correspondan a la Corporación en los órganos de gobierno y administración de la Empresa serán nombrados por aquélla en la proporción de un 50 por 100 entre los miembros que la constituyan y técnicos, unos y otros de su libre designación y remoción”. La incorporación al Consejo Rector de consejeros que sean concejales municipales (personal político), para lo que no se requiere preparación técnico-empresarial alguna, no parece lo más sensato, como bien ha destacado la doctrina, porque es la buena gestión de la cooperativa lo que está en juego (SANTIAGO IGLESIAS: 2017). Este sería uno más de los aspectos de los que debería ocuparse el legislador autonómico andaluz siguiendo el ejemplo del Decreto 179/1995, de 13 junio, por el que se aprueba el Reglamento de Obras, Actividades y servicios de las Entidades locales de Cataluña (art. 288), o el más reciente Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades, Servicios y Obras de las Entidades locales de Aragón (art. 307.5).

⁸⁴ En concreto, RSCL establece esta exigencia para cuatro supuestos: “a) modificación del acto de constitución o de los Estatutos de la Empresa; b) aprobación y modificación de los planos y proyectos generales de los servicios; c) operaciones de crédito; y d) aprobación de los balances”.

el RSCA exigen una Dirección para las cooperativas de servicios públicos, pero sin embargo, el art. 106.3 RSCL establece que “(e)l cargo de Gerente recaerá siempre en persona especializada designada por el órgano superior de gobierno de la Empresa”. Aunque el precepto está orientado a sociedades de capital, a mi juicio, es perfectamente trasladable a sociedades cooperativas, por lo que tratándose cooperativas de servicios públicos sería obligatorio, o al menos, muy recomendable su previsión estatutaria.

Cuando se trata de la gestión indirecta de servicios públicos, el tema del control sobre las condiciones de prestación de los mismos no puede pasar inadvertido. La forma en que se eroga el servicio afecta al interés general tan directamente que reclama la posibilidad de supervisión administrativa. En este sentido, el art. 26 LAULA identifica a la Entidad local titular de la competencia sobre el servicio local de interés como garante de la buena marcha del servicio frente a sus destinatarios (acceso universal, igualitario, calidad y precio asequible a toda la población, en atención a los valores de cohesión social y territorial).

El RSCA dedica un apartado en su art. 99, del siguiente tenor: “las entidades públicas promotoras conservarán el control en cuanto a las condiciones de prestación de los servicios públicos”. Sin embargo, en este mismo epígrafe, ha quedado constatado que el régimen de toma de decisiones de las cooperativas de servicio público no otorga a la entidad local socia ningún mecanismo para hacer prevalecer su postura frente al resto de los socios y garantizar, desde dentro, que las condiciones en que el servicio se presta por la cooperativa de servicios públicos sean satisfactorias.

¿Qué sentido, entonces, darle al art. 99 RSCA cuando afirma que “las entidades públicas promotoras conservarán el control en cuanto a las condiciones de prestación de los servicios públicos”? No especifica a qué tipo de control se refiere, ni tampoco cómo se ejerce o a través de qué mecanismo societario ¿Acaso apela al art. 104 TRRL para justificar todo tipo de excepciones estructurales y funcionales del régimen cooperativo?

En mi opinión el RSCA no hace otra cosa que introducir en el régimen cooperativo una aclaración a modo de limitación de la facultad decisoria y ejecutoria de la sociedad cooperativa de servicios públicos. No establece nada nuevo que no se contemplara ya en la LCSP: que sobre las condiciones de prestación del servicio la sociedad cooperativa de economía mixta no tiene la última palabra. No la puede tener porque, aunque la Entidad local se integre como socio en la cooperativa, ésta no es más que un contratista de la Entidad local, sujeto, por tanto, a las normas reguladoras del contrato de concesión de servicio. Y en este sentido nuestro Derecho ha venido reservando a la Administración contratante, “en todo caso (...) los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate”

(art. 287.2 LCSP), y simultáneamente obliga al contratista con una serie de cuatro obligaciones generales para todo servicio gestionado indirectamente (art. 288 LCSP), de las que tres están orientadas precisamente a la buena marcha del servicio. Se trata de los deberes relativos a la continuidad pactada con la que ha de prestarse el servicio, a las condiciones establecidas para permitir su utilización por los usuarios, al mantenimiento del buen orden del servicio y a la indemnización de daños a terceros derivados del desarrollo del servicio.

Consecuentemente, en nada influye la modalidad societaria elegida para la sociedad de economía mixta que gestione el servicio, pues los poderes de control de las condiciones de su prestación corresponden a la Entidad contratante con carácter general, por imperativo de la Ley y deben desarrollarse de conformidad con lo indicado en el contrato suscrito, que se eleva a parámetro de continuidad de la prestación del servicio, de su accesibilidad y de su buena marcha. Por eso es especialmente adecuado el verbo “conservarán” que tanto el RSCA como el LCSP utilizan para garantizar que los poderes de policía sobre estas actividades permanecen en la esfera jurídica del Ente contratante. Se trata de destacar la idea de que siempre le corresponden a la Administración titular del servicio, como responsable último del funcionamiento del servicio, sin que pueda desentenderse del mismo por haber puesto en marcha una gestión indirecta del mismo mediante una sociedad cooperativa de economía mixta.

VIII. CONCLUSIONES

Desde un punto de vista jurídico, hemos visto que las sociedades cooperativas de servicios públicos no son figuras del pasado, sino que siguen teniendo cabida en nuestro ordenamiento jurídico como una modalidad de sociedad de economía mixta. Cosa distinta es averiguar por qué estas cooperativas, contando con respaldo legal, no son figuras de nuestro presente, como muestra a las claras el Registro de Cooperativas Andaluzas, y, viendo el panorama de su regulación, vaticinar si en el futuro tendrán mejor acogida.

Las páginas precedentes ponen de manifiesto el desencuentro de las distintas normas que convergen, como piezas de un enrevesado puzzle, en la regulación de las sociedades de economía mixta en general (desde la perspectiva de régimen local, patrimonial y contractual) y de las cooperativas de servicios públicos en particular. En éste último ámbito, la falta de atención del legislador es especialmente acusada, con una habilitación a reglamento a modo de cheque en blanco para que regule prácticamente todos sus pormenores. La valoración de esa regulación reglamentaria no puede ser muy positiva. Se diría que el RSCA de 2014 hereda de la LSCA el meneguado interés por las cooperativas de servicios públicos.

Desde la perspectiva *ius publicista* en la configuración de la sociedad de economía mixta, la cooperativa de servicios públicos ve mermado su ámbito de actuación por las modificaciones que incorpora la nueva LCSP. Esta Ley restringe la viabilidad procedimental de su constitución a los contratos de concesión de servicios y deja sin cobertura eventuales contratos de servicios por los que se gestionaran la prestación de servicios públicos. Mayor repercusión tiene la necesidad de que para acogerse a la síntesis procedimental de constitución (adjudicación directa), la LCSP de 2017 exija que la participación pública en la sociedad de economía mixta sea mayoritaria, cuando la LSCA, haciendo ya una excepción a la regla general, limita dicha participación pública en las cooperativas de servicio público al 49%. La solución de modular este límite gracias al art. 104 TRRL pasa por ser más un parche que una verdadera solución, en la medida en que supone un elemento de desnaturalización de la figura cooperativa. Con todo, hay que destacar, por lo positivo, la nueva regulación por la legislación contractual de las condiciones de transmisibilidad de las participaciones societarias, lo que despeja dudas acerca de la vigencia del principio de libre adhesión y baja voluntaria en las cooperativas de servicios públicos.

Desde la perspectiva *ius privatista*, la flexibilidad que la legislación de cooperativas refleja en el amplio margen dispositivo de los Estatutos de la Sociedad, puede que sea un elemento que se vuelve en contra de la implantación de las sociedades cooperativas de servicio público. Son demasiados los factores que quedan huérfanos de toda orientación legal, con lo que puestos ante la disyuntiva de tener que hacer un diseño jurídico para la prestación de un servicio público bajo esta modalidad o bajo la más conocida de la sociedad de capital, es normal que la balanza se incline hacia esta última. Cuestiones como la distribución de funciones entre los distintos tipos de socios de la cooperativa de servicios públicos, la modulación del voto en la Asamblea General, la reserva en ella de la Presidencia y Vicepresidencia, la concreción del modelo de órgano de administración, o la viabilidad de excepcionar ciertos acuerdos de la regla general de la mayoría simple para su adopción por los órganos de gobierno y administración, son buena muestra de ello.

El proyecto de ley de modificación parcial de la LSCA, actualmente en tramitación parlamentaria ha desaprovechado la ocasión para abordar todas estas cuestiones, y ninguna de sus propuestas tiene como objetivo directo la mejora regulatoria de las cooperativas de servicios públicos. Con todo, la posibilidad de que estas cooperativas pudieran, tras la reforma, constituirse únicamente con dos socios podría eliminar muchos de los escollos jurídicos aquí mencionados, pero también arramblaría con la participación de usuarios y trabajadores en la cooperativa, una de sus características más atractivas.

La incidencia de la Ley de régimen jurídico del sector público en los convenios urbanísticos de los municipios andaluces

Juan Fernando Granados Rodríguez

Técnico de Administración General, Ayuntamiento de Granada

Departamento de Derecho Administrativo. Universidad de Granada

SUMARIO

I. LA APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO A LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS. II. EL CONTENIDO MÍNIMO DEL CONVENIO URBANÍSTICO. III. EL PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN DE LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS. IV. LA EXTINCIÓN DE LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS. 1. Supuestos de extinción. 2. Efectos de la extinción. V. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

La Ley de régimen jurídico del sector público regula los convenios, cuyos preceptos (arts. 48 y ss.), habida cuenta de su carácter básico, son plenamente aplicables a los convenios urbanísticos y, por consiguiente, inciden en su contenido, tramitación y extinción. Por esta razón, planteamos en este trabajo la armonización de la referida normativa con la legislación local y urbanística andaluza, con el fin de establecer el régimen jurídico unitario de los convenios urbanísticos municipales en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

PALABRAS CLAVE: urbanismo, convenio, Administración local, régimen jurídico.

ABSTRACT

The Law on the Legal Regime of the Public Sector governs conventions, whose provisions (Article 48 et seq.), given their basic character, are fully applicable to urban agreements and therefore affect their content, processing and termination. For this reason, we propose in this work the harmonization of the aforementioned legislation with the local and urbanistic Andalusian legislation, in order to establish the unitary legal regime of municipal urban development agreements in Andalusia.

KEY WORDS: urban planning, agreements, local government, legal regime

I. LA APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO A LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS

La LRJSP¹ dedica su Capítulo VI del Título Preliminar (arts. 48 y ss.) a los convenios. Estos preceptos, según la disposición final 14^a de la Ley, tienen la consideración de bases de régimen jurídico de las Administraciones públicas y, por tanto, se les atribuye el carácter de normas básicas².

La propia Ley señala en la exposición de motivos (apartado II *in fine*) que “se desarrolla un régimen completo de los convenios, que fija su contenido mínimo, clases, duración, y extinción y asegura su control por el Tribunal de Cuentas”³. Incluso, la disposición adicional octava de la LRJSP obliga a adaptar “Todos los convenios vigentes suscritos por cualquier Administración Pública o cualquiera de sus organismos o entidades vinculados o dependientes” a lo previsto en la Ley en el plazo de tres años desde su entrada en vigor⁴, que será automática respecto al plazo de vigencia para aquéllos que no lo tuvieran determinado o hubieran establecido una prórroga tácita por tiempo indefinido.

¹ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

² PIZARRO NEVADO, R., en *El nuevo régimen jurídico del sector público*, GOSALBEZ PEQUEÑO, H. (Dir.), Ed. Wolters Kluwer, Madrid (2016), pág. 137, afirma que este Capítulo “contiene un régimen jurídico común y de carácter básico para los convenios que suscriban las Administraciones Públicas, los organismos públicos y las entidades de derecho público vinculados o dependientes y las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado”.

Respecto a la regulación de los convenios en la LRJSP, puede consultarse BENSUSAN MARTÍN, M. P., “La nueva regulación de los convenios: la conversión en derecho positivo de una práctica administrativa”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, n° 96, Ed. IAAP, Sevilla (2016).

³ Como expone ARIAS MARTÍNEZ, M. A., en *Comentarios a la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público*, CAMPOS ACUÑA, C. (Dir.), Ed. Wolters Kluwer, Madrid (2017), pág. 253: “En el marco de este deficiente contexto normativo previo a la LRJSP, el Tribunal de Cuentas en sus informes de fiscalización denunció que esta regulación normativa del convenio, en ocasiones, daba lugar a prácticas en las que se soslayaba la aplicación de la legislación contractual en cuestiones en las que esta era la procedente y, asimismo, provocaba que la gestión de los fondos públicos discurrese por cauces jurídicamente inseguros; resistiéndose la aplicación de los principios de legalidad, eficiencia y economía. Los riesgos de estas prácticas le llevan a aprobar la moción 878/2010, de 30 de noviembre en la que propone «la configuración de un marco legal adecuado y suficiente para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas y la adopción de las medidas necesarias para un uso eficiente de los recursos públicos que se canalizan por esa vía».”

PIZARRO NEVADO, R., *op. cit.*, pág. 137, indica que este régimen jurídico común se explica por la necesidad de encauzar una figura que ha ganado protagonismo en los últimos años por el incesante aumento de su número y por el peso que ha adquirido en el gasto público. A pesar de ello su regulación era poco precisa y se encontraba dispersa en infinidad de normas, por lo que resultaba difícil formular una definición consistente.

⁴ Sostiene PIZARRO NEVADO, R., *op. cit.*, págs. 151 y ss., que aunque la disposición adicional no diga nada, la adaptación ha de someterse al procedimiento de modificación del convenio previsto en el mismo o en la legislación aplicable, debiendo considerar las partes su objeto para determinar con precisión el fin común perseguido y los efectos jurídicos derivados, así como incorporar el contenido mínimo exigido por el art. 49 de la LRJSP.

Concluimos, por tanto, que la LRJSP resulta de aplicación plena y sus disposiciones, en los supuestos habilitantes para la suscripción de los convenios urbanísticos regulados en la legislación urbanística y de régimen local, consecuentemente, han de ser respetadas al aplicar su régimen jurídico especial⁵.

Con carácter general, la LRJSP especifica, en su art. 48.1, que las Administraciones públicas (entendidas, en lo sucesivo, como éstas, sus organismos públicos y entidades de derecho vinculados o dependientes, así como las Universidades públicas) podrán suscribir, en el ámbito de sus respectivas competencias, convenios con sujetos de derecho público y privado, sin que ello pueda suponer la cesión de la titularidad de la competencia.

En su art. 47.2.c), enumera la LRJSP, como un tipo de convenio, el firmado entre una Administración pública (al caso, Ayuntamiento) y un sujeto de Derecho privado, además del resto de tipos detallados, como son: los convenios administrativos (*inter e intra*), contemplados en las letras a) y b) del precepto, así como otros convenios (letra d).

También la LPACAP⁶, con carácter básico en este tema (disposición final primera), recoge, en su art. 86.1 (terminación convencional)⁷, la posibilidad de celebrar convenios con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean

⁵ En este mismo sentido, MÚZQUIZ JIMÉNEZ I., “Los convenios administrativos en la Ley 40/2015 y su impacto sobre los convenios urbanísticos”, *Revista del sector inmobiliario Inmueble*, n° 171, Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid (2017).

ARIAS MARTÍNEZ, M. A., *op. cit.*, pág. 258, asevera que, a partir de la entrada en vigor de la LRJSP, se aplican a todas las Administraciones públicas sus arts. 47 a 53, incluida, por tanto, la local.

⁶ Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas.

⁷ El art. 48.9 de la LRJSP dispone: “Las normas del presente Capítulo no serán de aplicación a las encomiendas de gestión y los acuerdos de terminación convencional de los procedimientos administrativos.”

Crítica ARIAS MARTÍNEZ, M. A., *op. cit.*, págs. 258 y ss., esta decisión del legislador, toda vez que los acuerdos de terminación convencional (a diferencia de las encomiendas de gestión) tienen sustantividad propia y están regulados en el art. 86 de la LPACAP.

PFLEUGER TEJERO, E., *Régimen jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común*, RECUERDA GIRELA, M. A. (Dir.), Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor (2016), pág. 1255, mantiene que no son aplicables a los convenios las normas relativas a los acuerdos de terminación convencional de los procedimientos administrativos.

ALMEIDA CERREDA, M., en *Comentarios a la Ley 39/2015 de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas*, CAMPOS ACUÑA, C. (Dir.), Ed. Wolters Kluwer, Madrid (2017), pág. 576 y ss., explica que el precepto regula acuerdos entre Administraciones o entre una Administración y uno o varios particulares, que corresponden a dos tipos: a) los “convenios resolutorios”, finalizadores de los procedimientos administrativos (v. gr., art. 24 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de expropiación forzosa); y b) los “convenios de trámite” (o “intra-procedimentales”), insertos en el seno de procedimientos con carácter previo a la resolución que les pone fin, que, a su vez se dividen en “vinculantes” (predeterminan de forma rígida el contenido de la resolución que pone término al procedimiento; p. ej., art. 52 de la Ley 15/2007, de 3 de julio,

contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su caso, prevea la disposición que los regule, pudiendo tales actos insertarse en los procedimientos administrativos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin; sin alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos, ni de las responsabilidades correspondientes a las autoridades y funcionarios, relativas al funcionamiento de los servicios públicos (art. 86.4 de la LPACAP).

De forma similar se regula la cuestión en el art. 111 del TR-86⁸ y al convenio también se hace mención en la referencia contenida en el art. 6.2 de la LCS⁹, cuando excluye de su ámbito de aplicación los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas

de defensa de la competencia) y “no vinculantes” (art. 85 del R. D. Leg. 2/20155, de 5 de septiembre, Texto refundido de la Ley de puertos del Estado y de la Marina Mercante).

Aclara, además, que, a efectos de precisar su régimen jurídico, estos acuerdos de voluntades no constituyen ni convenios de colaboración (arts. 4.1, letras c y d, del R. D. Leg. 3/2011, de 14 de noviembre, Texto refundido de la Ley de contratos del sector público, y arts. 49 a 53 de la LRJSP), ni convenios de transacción (arts. 1809 y ss. del Código Civil), por lo que, en ningún caso, les serán aplicables las reglas establecidas para estas figuras.

RIVERO ORTEGA, E., *Instituciones de procedimiento administrativo común. Novedades de la Ley 39/2015*, VV.AA., Ed. Juruá, Lisboa (2016), pág. 216, argumenta que la declaración de voluntad de la Administración consistente en terminar convencionalmente un procedimiento no deja de ser un acto administrativo; no se trata de un acuerdo o convenio sino de una decisión cuya procedencia es, sin embargo, convencional. La Administración decide en última instancia con plena potestad y soberanía, no obstante dicha decisión haya venido aconsejada por el previo consenso alcanzado con los interesados y, por supuesto, con pleno respeto al interés público y al ordenamiento jurídico.

Añade este autor (pág. 218) que las disposiciones contenidas en los arts. 47 y ss. de la LRJSP quedan expresamente excluidas de aplicarse a los supuestos de terminación convencional de los procedimientos. A su juicio, esto determina la falta de regulación de los acuerdos convencionales (art. 86 de la LPACAP) y genera una inseguridad jurídica innecesaria, puesto que, en particular, los trámites preceptivos regulados en el art. 50 de la LRJSP hubieran sido una buena referencia para fijar las condiciones mínimas de las terminaciones convencionales.

⁸ R. D. Leg. 781/1986, de 18 de abril, Texto refundido de disposiciones vigentes en materia de régimen local.

⁹ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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.

Explica PFLUEGER TEJERO, E., *op. cit.*, pág. 1255, que el art. 4.2 del R. D. Leg. 3/2011, de 14 de noviembre, Texto refundido de la Ley de contratos del sector público (TRLRSP) remite a las normas especiales para la regulación de los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado anterior, si bien se le aplicarán los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse (actualmente la referencia ha de entenderse hecha al art. 4 de la LCS). Para el Tribunal de Cuentas se trata de los principios de publicidad, transparencia, concurrencia, igualdad y no discriminación, y si suponen compromisos financieros, los de estabilidad presupuestaria y control del gasto y de eficiencia en utilización de los fondos públicos

sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.

La definición de los convenios está contenida en el art. 47 de la LRJSP, esto es, los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común. De conformidad con el apartado primero del precepto, los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos; en tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público¹⁰.

Reseña SENDÍN¹¹ que el convenio urbanístico es, por una parte, un acuerdo de voluntades, pero también es, por otro, un instrumento dirigido al ejercicio de potestades administrativas que integran la función pública urbanística, en definitiva, una forma de administrar.

Según CANO MURCIA¹², los convenios urbanísticos son acuerdos de voluntades entre la Administración y personas físicas o jurídicas, públicas o privadas titulares de intereses urbanísticos (promotores, empresas físicas, juntas de compensación, vecinos, etc.) que tienen su funcionamiento en el principio de participación de los particulares en el urbanismo y la capacidad negocial de la Administración, celebrados con la finalidad de completar a la Ley, en aquellos supuestos en que la regulación legal está inacabada o prevé expresamente la llamada al convenio, resolviendo de esta forma los problemas que las insuficiencias que la legislación urbanística plantea y dando satisfacción a la participación de los ciudadanos en la definición de su digna calidad de vida¹³.

¹⁰ ARIAS MARTÍNEZ, M. A., *op. cit.*, págs. 255 y 256, marca tres elementos esenciales del convenio (que lo diferencian del contrato), a saber: a) los efectos jurídicos proceden de la voluntad de todas las partes (no de una de ellas); b) la causa de la aportación será “*un fin común*” (no la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte); y c) ese fin habrá de ser de interés público.

PIZARRO NEVADO, R., *op. cit.*, pág. 139, subraya que un convenio trata de establecer una colaboración institucional para llevar a cabo una actuación con el fin de alcanzar objetivos compartidos.

Seguidamente añade que la diferencia entre convenio y contrato no puede extraerse exclusivamente del objeto material; por tanto, hay convenio si, concurriendo todas las condiciones, el objeto no fuera contractual y también puede formalizarse un convenio si, siendo el objeto contractual, falta una nota esencial de la definición del contrato como puede ser la onerosidad.

¹¹ SENDÍN GARCÍA, M. A., *Régimen jurídico de los convenios urbanísticos*, Ed. Comares, Granada (2008), pág. 18, donde también hace una sistemática clasificación de los convenios urbanísticos (págs. 28 y ss.).

¹² CANO MURCIA, A., *Teoría y práctica del convenio urbanístico*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (2005), págs. 25 y ss.

¹³ LAGO NÚÑEZ, G., en *Los convenios urbanísticos de Andalucía* (2010), recoge diversas definiciones efectuadas por la doctrina y una exhaustiva clasificación de los convenios.

http://www.academia.edu/8618441/LOS_CONVENIOS_URBAN%C3%8DSTICOS_EN_ANDALUC%C3%8DA

La STSJ¹⁴ de Andalucía de 3 de enero de 2001¹⁵ define los convenios urbanísticos como los instrumentos de acción concertada que aseguran a los entes públicos una actuación urbanística eficaz, la consecución de objetivos concretos y la ejecución efectiva de actuaciones beneficiosas para el interés general, cuya finalidad no es otra que complementar las determinaciones legales en materia de urbanismo, posibilitando el acuerdo de las partes afectadas por el planeamiento, eliminando puntos de fricción y los obstáculos que pueda ocasionar una determinada actuación urbanística¹⁶.

Según el art. 48.3 de la LRJSP, la suscripción de convenios deberá mejorar la eficiencia de la gestión pública, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos, contribuir a la realización de actividades de utilidad pública y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera¹⁷. El art. 86.1 de la LPACAP menciona como objeto “*satisfacer el interés público*” encomendado a las Administraciones públicas.

A este respecto, en Andalucía, el art. 2 de la LOUA¹⁸ expone que la actividad urbanística es una función pública que comprende, entre otros, la planificación, organización, dirección y control de la ocupación y utilización del suelo, a la vez que señala, como potestades de las Administraciones públicas, cualesquiera que sean necesarias para la efectividad de los fines de la actividad urbanística.

La LOUA prevé, en su art. 5.2, que las Administraciones competentes en materia de ordenación urbanística podrán suscribir convenios urbanísticos con particulares con la finalidad de establecer los términos de colaboración para el mejor y más eficaz desarrollo de la actividad urbanística. En su art. 30.2 (dedicado a los convenios urbanísticos de planeamiento), dispone que los Ayuntamientos y la Administración autonómica (además de convenios interadministrativos, apartado primero del precepto) podrán suscribir con cualesquiera personas, públicas o privadas, sean o no propietarias de suelo, convenios urbanísticos relativos a la formación o innovación de un instrumento de planeamiento¹⁹. De forma parecida, para determinar las condi-

¹⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

¹⁵ RJCA 2001/585.

¹⁶ Según la STSJ de Cataluña de 9 marzo 2006 (JUR 2007\49944), se limita a llegar a un acuerdo entre las partes al objeto de facilitar la gestión, allanando los problemas que se presenten, teniendo por objeto la satisfacción del interés público, “*pues tal instrumento jurídico, aun atendiendo en ocasiones a finalidades privadas (...), no constituye, en su esencia, más que una manera de satisfacción del interés público supraindividual, al que debe tender toda actividad de cualquier Administración Pública, en aras a lograr la mejor ordenación urbanística posible*”.

¹⁷ Ley 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

¹⁸ Ley 7/2002, de 17 de noviembre, de ordenación urbanística de Andalucía.

¹⁹ No son en sí mismos actos de alteración del planeamiento, sino actos independientes, que tienen un carácter preparatorio de esa alteración, según SENDÍN GARCÍA, M. A., *op. cit.*, pág. 30.

ciones y los términos de la gestión y ejecución del planeamiento urbanístico en vigor, prevé el art. 95.1 de la LOUA la celebración de convenios urbanísticos de gestión²⁰.

En conclusión, la regulación establecida en la LRJSP para los convenios (preceptos con carácter de norma básica) es aplicable a aquéllos de naturaleza urbanística y habrá de cohererse con la normativa propia urbanística al respecto. En el ámbito de la Comunidad Autónoma andaluza estos convenios urbanísticos, dado que constituyen legalmente una manifestación de la función pública urbanística a través del ejercicio de potestades de las Administraciones públicas, dan cumplimiento a los presupuestos exigidos por las Leyes estatales, es decir, satisfacen el interés público²¹ y contribuyen primordialmente a la realización de una actividad de utilidad pública, sin menoscabo de mejorar la eficacia de la gestión pública y que pudieran, en ciertos supuestos, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos; todo ello, claro está, con estricto sometimiento a la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (art. 48.3 de la LRJSP).

Por último, al tenor del art. 61 del TRLSRU²², los convenios urbanísticos tienen carácter jurídico administrativo, que es también reconocido expresamente por el art. 30 de la LOUA, para los convenios urbanísticos de planeamiento, y por el art. 95.2 de esta Ley, para los de gestión. De la naturaleza administrativa de los convenios se deriva la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las controversias suscitadas²³. El convenio constituye una realidad dotada de entidad sustantiva propia, susceptible, por ello, de ser impugnado por separado, en cuanto no puede ser reducido al papel de un mero acto de trámite del procedimiento en que se adopte el acto administrativo o reglamento a cuya preparación se dirige²⁴. La acción

²⁰ El Tribunal Supremo, en Sentencia de 15 de marzo de 1997 (RJ 1977/1677), distingue entre ambos convenios: “A diferencia de los Convenios de gestión urbanística, para la gestión o ejecución de un planeamiento ya aprobado, los Convenios de planeamiento, como el que se enjuicia, constituyen una manifestación de una actuación convencional frecuente en las Administraciones Públicas, que tiene por objeto la preparación de una modificación o revisión del planeamiento en vigor”.

²¹ La LRJSP (art. 48.3) usa la expresión “actividades de utilidad pública” y el art. 86.1 de la LPACAP sí utiliza literalmente el término “interés público”.

En palabras de SENDÍN GARCÍA, M. A., *op. cit.*, pág. 151 y ss., “interés público y determinado: aquél que determina y al que se subordina la atribución de la potestad administrativa de que se trate a la Administración”, quien también indica que en los convenios urbanísticos la finalidad concreta para la que se otorga la potestad de celebrarlos es la colaboración en el mejor y más eficaz desarrollo de la actividad urbanística; sin embargo, esto no impide que constituyan una vía válida para la persecución de cualquier tipo de finalidad, específicamente urbanística o no, en la que subyazca un interés público relevante, que pueda lograrse a través de una adecuada política urbanística.

²² R. D. Leg. 7/2015, de 30 de octubre, Texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana.

²³ SENDÍN GARCÍA, M. A., *op. cit.*, págs. 234 y ss.

²⁴ No participan de naturaleza reglamentaria y, por tanto, no pueden ser objeto de recurso indirecto, al amparo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2001 (RJ 2001/2736).

pública²⁵ en defensa de la legalidad urbanística (art. 62 del TRLSRU) es también extensible al ámbito de los convenios urbanísticos.

II. EL CONTENIDO MÍNIMO DEL CONVENIO URBANÍSTICO

Para determinar el contenido mínimo del convenio urbanístico debemos atender conjuntamente a lo dispuesto en la LRJSP (art. 49)²⁶, LPACAP (art. 86.2) y LOUA (arts. 30 y 95). De ahí, se desprenden los siguientes extremos necesarios de su contenido:

a) Sujetos que suscriben el convenio y capacidad jurídica con que actúa cada una de las partes:

La LOUA hace referencia a los “*otorgantes*” (art. 30.2, regla 4ª, y art. 95.2, regla 3ª) con motivo del contenido del acuerdo de aprobación. Sin embargo, la LPACAP (art. 86.2) distingue entre “*partes intervinientes*” y “*ámbito personal*”, puesto que lógicamente las personas que suscriben el convenio no tienen por qué coincidir con el grupo de personas sobre el que va a surtir efectos el contenido del convenio (aunque tratándose de convenios urbanísticos, el ámbito personal quedará muy diluido o, incluso, no existirá, ya que el ámbito primordial será el territorial, o sea, el suelo: terreno, finca, unidad apta, parcela o solar).

Queda claro que una de las partes siempre será una Administración pública (Ayuntamiento, en este caso), que debe actuar exclusivamente en el ámbito de sus actuaciones. No será posible, obviamente, que el convenio vincule a persona pública distinta a la que lo celebra en el ejercicio de sus competencias o a terceros privados no firmantes del convenio.

El sujeto afectado por el ejercicio de las potestades urbanísticas normalmente será un sujeto privado o varios (individual o colectivo), sin menoscabo de que puedan ser una o varias Administraciones públicas (por afección de sus intereses) o, incluso, una entidad urbanística colaboradora (p. ej., junta de compensación o asociación administrativa de propietarios).

Para el supuesto de que se produzca la transmisión de la titularidad de los derechos afectados por el ejercicio de la potestad urbanística, postula SENDÍN²⁷

²⁵ Puede consultarse GRANADOS RODRÍGUEZ, J. F., “La revisión de actos nulos mediante el ejercicio de la acción pública en materia de urbanismo: una herramienta más para combatir las ilegalidades urbanísticas”, en *Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente*, n° 228, Madrid (2006).

²⁶ PIZARRO NEVADO, R., op. cit., pág. 143, precisa que este artículo viene a cubrir una de las carencias que siempre se ha reprochado a la regulación de los convenios, como era la imprecisión sobre su contenido.

²⁷ SENDÍN GARCÍA, M. A., op. cit., pág. 95.

que la subrogación de las obligaciones adquiridas se produce cuando se trata de la transmisión de deberes legales y de compromisos derivados exclusivamente del convenio inscritos en el Registro. En cualquier caso, se debe entender que cuando se verifica una transmisión de los derechos afectados por el convenio, el otorgante originario queda obligado a comunicar a la Administración los datos identificativos de los nuevos titulares de los terrenos. No obstante, a nuestro juicio, debería incluirse un plazo para ello, así como la obligación de comunicar al tercero la existencia del convenio urbanístico.

b) *Ámbito funcional y competencia*, en que se fundamenta la actuación de la Administración pública:

La LRJSP enumera sólo la “*competencia*”, pero la LPACAP exige un aspecto más amplio, que la engloba, como es el “*ámbito funcional*”, que equivaldrá a la función pública urbanística para los convenios de esta naturaleza.

El convenio, en ningún caso, puede suponer la cesión de la titularidad de la competencia que corresponda a la Administración pública (art. 48.1 de la LRJSP).

c) *Objeto del convenio y actuaciones que debe realizar cada sujeto para su cumplimiento*²⁸, indicando, en su caso, la titularidad de los resultados obtenidos²⁹.

La LPACAP menciona el “*ámbito funcional*” y la LOUA se limita a indicar el “*objeto*” (dentro del acuerdo de aprobación); si bien parece totalmente lógico que el convenio contenga, no sólo el objeto concreto, sino todo el régimen de derechos y obligaciones de las partes.

Los convenios urbanísticos no pueden actuar como sustitutivos de los actos administrativos precisos (licencias u otros títulos habilitantes, procedimiento de alteración del planeamiento, régimen de responsabilidad patrimonial, ejercicio de competencias, etc.)³⁰.

d) *Obligaciones y compromisos económicos asumidos por cada una de las partes*, si los hubiera, indicando su distribución temporal por anualidades y su imputación concreta al presupuesto correspondiente de acuerdo con lo previsto en la legislación presupuestaria:

²⁸ LUQUE REGUEIRO, F., en *Régimen jurídico*., RECUERDA GIRELA, M. A. (Dir.), *op. cit.*, pág. 1262, colige de esta expresión que todas las partes han de comprometerse a determinadas actuaciones, no bastando que una de las partes se limite a la mera financiación de la actuación desarrollada por la otra.

²⁹ SENDÍN GARCÍA, M. A., *op. cit.*, págs. 108, 109 y 126, enumera los siguientes requisitos del objeto: lícito, posible y determinado (arts. 1271 y ss. del Código Civil), sobre bienes o prestaciones presentes o futuras, incluso con carácter traslativo (transmisión de bienes – y derechos, añadiríamos nosotros-, siempre que sean disponibles).

³⁰ SENDÍN GARCÍA, M. A., *op. cit.*, pág. 169 y ss.

Es una exigencia expresa de la LRJSP que responde a los requisitos y procedimiento exigidos por el régimen presupuestario de la Administración.

Deben tenerse en cuenta las prescripciones que la LOUA contempla para el caso de sustituciones en metálico. Por ejemplo, la percepción de cantidad económica a favor de la Administración contemplada en las estipulaciones del convenio urbanístico de planeamiento, cuando derive de la sustitución en metálico de los terrenos donde se localice el aprovechamiento urbanístico que corresponda a la Administración en concepto de participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas, no podrá exigirse ni efectuarse hasta la aprobación del instrumento de planeamiento en que se justifique dicha sustitución en metálico (art. 30.3 de la LOUA). El apartado segundo de este precepto obliga a que, en los casos previstos legalmente de cesión del aprovechamiento urbanístico mediante pago de cantidad sustitutoria en metálico, el convenio incluya la valoración de estos aprovechamientos realizada por los servicios de la Administración (cantidad que se integrará en el Patrimonio Municipal de Suelo, como también mandata el art. 95.2 para los convenios de gestión).

e) *Ámbito territorial del convenio:*

La LPACAP señala expresamente este requisito, mientras que la LOUA (arts. 30.2 y 95.2) utiliza simplemente la expresión de “*ámbito*”.

El art. 38 del TRLCI³¹ exige que la referencia catastral de los bienes inmuebles (acreditada mediante alguno de los documentos relacionados en el art. 41) figure en los expedientes y resoluciones administrativas y en los documentos donde consten los hechos, actos o negocios de trascendencia real relativos al dominio y demás derechos reales, o cualesquiera otros documentos relativos a los bienes inmuebles que se determinen reglamentariamente

Asimismo, es aconsejable la acreditación y constancia de los datos registrales del bien inmueble al que afecte el convenio urbanístico; más aún si se pretende el acceso del documento administrativo al Registro de la Propiedad.

f) Consecuencias aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por cada una de las partes y, en su caso, los criterios para determinar la posible indemnización por el incumplimiento³².

³¹ Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario

³² LUQUE REGUEIRO, F., *op. cit.*, pág. 1267, opina que la previsión expresa de tal indemnización no puede erigirse en un requisito de exigibilidad, pues entiende que serán de aplicación supletoria, si nada se contemplara en el convenio, los principios generales de responsabilidad contractual.

g) Mecanismo de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y de los compromisos adquiridos por los firmantes:

Al tenor del art. 49 de la LRJSP, este mecanismo resolverá los problemas de interpretación y cumplimiento que se planteen³³. Deducimos de la redacción de los arts. 51.2.c) y 52.3 de la LRJSP que al frente del mismo debe haber un responsable (unipersonal) o una comisión (colegiado)³⁴. En nuestra opinión, debería corresponder a un órgano administrativo con posibilidad de adoptar decisiones *ad extra*. Al efecto, en lo concerniente a la Administración local para municipios de gran población, recordamos que el art. 130.1 de la LBRL atribuye carácter de órgano directivo a los directores generales u órganos similares que culminen la organización administrativa dentro de cada una de las grandes áreas o concejalías, sin perjuicio de aquellos otros que se creen dentro de la propia organización³⁵.

SENDÍN³⁶ propugna que el convenio urbanístico debe ser interpretado de conformidad con las normas que lo rigen o regulan los convenios con carácter general, a falta de ellas, por las de contratación administrativa y, en su defecto, por el Derecho civil, sin olvidar las normas administrativas que rigen el ejercicio de la potestad urbanística (entre ellas, el planeamiento).

h) Régimen de modificación del convenio, que, a falta de regulación expresa, requerirá acuerdo unánime de los firmantes³⁷.

i) Plazo de vigencia del convenio:

Deberá ser de duración determinada no superior a cuatro años, salvo previsión normativa superior, aunque, en cualquier momento antes de su finalización, los fir-

³³ ARIAS MARTÍNEZ, M. A., *op. cit.*, pág. 268, mantiene que nada impide que, en ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y previa reclamación ante el mecanismo de control establecido en el convenio, las posibles controversias que surjan en la gestión o ejecución del acuerdo se sustancien ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. Incluso, las partes pueden presentar un recurso por inactividad en los supuestos en los que no se lleven a cabo todas o alguna de las prestaciones establecidas en el convenio y también cabría la interposición del recurso de anulabilidad contra aquellos actos administrativos dictados con ocasión de su gestión o ejecución.

³⁴ ARIAS MARTÍNEZ, M. A., *op. cit.*, pág. 268, piensa que con la nueva regulación su creación reviste carácter imperativo, pero no se determina su configuración, de modo que puede tratarse de un órgano mixto en el que participen representantes de cada parte, o bien de un órgano arbitral independiente.

³⁵ Véase GRANADOS RODRÍGUEZ, J. F., “La dirección pública profesional y la creación de órganos directivos en las administraciones locales de régimen común”, en *Revista Iberoamericana de Gobierno Local*, nº 5, Ed. CIGOB, Granada (2013).

³⁶ SENDÍN GARCÍA, M. A., *op. cit.*, págs. 226 y ss.

³⁷ SENDÍN GARCÍA, M. A., *op. cit.*, págs. 114 y ss, expone que la Administración pública puede hacer uso de los poderes de modificación y resolución unilateral que le otorga el ordenamiento jurídico para la salvaguarda del interés público; ahora bien, dicha posibilidad está estrictamente limitada por la concurrencia de un interés público que justifique ese *ius variandi*.

mantes podrán acordar unánimemente su prórroga por un período de hasta cuatro años adicionales³⁸ o su extinción³⁹.

La regulación de la vigencia del convenio en estos términos es una novedad de la LRJSP, si bien tanto la LPACAP como la LOUA (arts. 30.2 y 95.2) especifican el “*plazo de vigencia*” entre el contenido del contrato y del acuerdo de aprobación, respectivamente.

Ha de tenerse en cuenta que la disposición adicional octava de la LRJSP proclama la adaptación automática del plazo de vigencia para los convenios que a la entrada en vigor de la Ley no lo tuvieran determinado o tuvieran establecida una prórroga tácita por tiempo indefinido, en cuyo caso aquél será de cuatro años contados desde la entrada a vigor de la LRJSP.

Plantea SENDÍN⁴⁰ la posibilidad de someter a condición (suspensiva o resolutoria) el convenio urbanístico, incluso con reversión de donaciones en determinados supuestos.

Los convenios o negocios jurídicos que el promotor de la actuación celebre con la Administración correspondiente no podrán establecer obligaciones o prestaciones adicionales ni más gravosas que las que procedan legalmente, en perjuicio de los propietarios afectados, según dispone el art. 9.8 del TRLSRU, considerándose nula la cláusula que contravenga estas reglas.

Los convenios urbanísticos de planeamiento (art. 30 de la LOUA) sólo tendrán el efecto de vincular a las partes para la iniciativa y tramitación del pertinente procedimiento sobre la base del acuerdo respecto de la oportunidad, conveniencia y posibilidad de concretas soluciones de ordenación, y en ningún caso vincularán a las Administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades⁴¹

³⁸ Entiende ARIAS MARTÍNEZ, M. A., *op. cit.*, pág. 267, que no está prevista la sucesión de prórrogas, sino solamente una; de manera que no es posible alterar esta previsión por acuerdo de las partes firmantes del acuerdo.

³⁹ El Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencia de 19 de julio de 2016, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 3774-2016, contra el art. 49 h), párrafo segundo, y por conexión, la disposición adicional octava, entre otros (Boletín Oficial del Estado nº 184, de 1 de agosto de 2016).

⁴⁰ SENDÍN GARCÍA, M. A., *op. cit.*, págs. 116 y ss.

⁴¹ SENDÍN GARCÍA, M. A., *op. cit.*, pág. 173, dice que si la Administración, al tramitar el oportuno procedimiento administrativo para la modificación del planeamiento, descubre una solución más favorable para el interés público que la plasmada en el convenio urbanístico previo, deberá optar por ella; no generan, por tanto, una obligación de resultado. Posteriormente, este autor (págs. 193 y ss.) apunta que cuando el convenio implica pactos relativos al ejercicio de potestades públicas indisponibles, la Administración queda obligada tan sólo a un diligente y leal intento de llevar a la práctica lo pactado.

III. EL PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN DE LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS

El procedimiento administrativo para la aprobación de los convenios urbanísticos en el ámbito municipal debe estructurarse con la integración de los preceptos de carácter general dedicados a los convenios en la LRJSP y LPACAP, de la regulación especial de los convenios urbanísticos establecida en la LOUA, así como de la normativa reguladora del régimen local (LBRL⁴²).

La tramitación, celebración y cumplimiento de los convenios urbanísticos de planeamiento se registrarán por los principios de transparencia⁴³ y publicidad (arts. 30.4 de la LOUA). Igual prescripción contiene el art. 95.2 de la LOUA para los convenios urbanísticos de gestión; si bien añade expresamente la fase de “negociación”, que, entendemos, existirá también en los de planeamiento, regida por los mismos principios⁴⁴.

Los trámites correspondientes para la aprobación del convenio urbanístico se pueden resumir en los siguientes pasos⁴⁵:

a) Inicio:

Al amparo de lo dispuesto en el art. 66 de la LPACAP, el procedimiento puede iniciarse a solicitud del interesado. Ahora bien, entendemos que la propuesta a la Administración por parte del particular para suscribir finalmente un convenio urbanístico comporta un ejercicio del derecho de petición. Ello supone que no tiene

⁴² Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de bases de régimen local.

⁴³ El art. 8 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, obliga a hacer pública la relación de los convenios suscritos con repercusión económica o presupuestaria, con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas.

⁴⁴ Como señala SENDÍN GARCÍA, M. A., *op. cit.*, pág. 263, parte de la doctrina demanda también la inclusión del principio de concurrencia, pero, coincidimos con este autor, en que no es aplicable en muchos casos, cuando sólo determinadas personas son las que pueden ofrecer lo que requiere la Administración o sólo ellas son las interesadas en el resultado final de lo convenido (p. ej., actuación urbanística en una parcela concreta).

El propio Tribunal Supremo, en Sentencia de 15 de marzo de 1997 (RJ 1997/1677), ha declarado que la naturaleza de la actuación que se prepara en el convenio no es idónea para una licitación cuando el particular propone la modificación del plan y firma el convenio no en calidad de contratista sino como consecuencia de su condición de propietario.

⁴⁵ SENDÍN GARCÍA, M. A., *op. cit.*, págs. 256 y ss., recalca que la obligación de tramitar el procedimiento legalmente establecido no tiene un carácter puramente formal y debe producir una auténtica sustanciación de éste, dotada de capacidad de influencia en la decisión final; toda vez que si en el transcurso del procedimiento la Administración llega a la conclusión de que hay una solución más favorable al interés público que la inicialmente considerada en el convenio, deberá adoptar esa decisión más favorable para un mejor servicio del interés público.

efectos el silencio administrativo estimatorio, en su caso, sino el desestimatorio, *ex* art. 24.1 de la LPACAP. La decisión de la Administración pública a la tramitación del convenio urbanístico puede materializarse en un acuerdo de admisión a trámite.

Tampoco consideramos que se pueda iniciar de oficio el procedimiento (arts. 58 y ss. de la LPACAP), puesto que no se puede imponer al particular u otra Administración pública el otorgamiento de su consentimiento al convenio. En nuestra opinión, podría orientarse esta fase como mera actuación previa (art. 55 LPACAP), a fin de obtener la conformidad de la otra parte para la tramitación del convenio urbanístico (o sea, la denominada “*negociación*” en el art. 95 de la LOUA) y, por tanto, determinar la conveniencia de iniciar el procedimiento.

b) Memoria justificativa:

Como trámite preceptivo⁴⁶, sin perjuicio de las especialidades que la legislación autonómica prevea, el art. 50 de la LRJSP exige que el convenio se acompañe de una memoria justificativa donde se analice su necesidad y oportunidad⁴⁷, su impacto económico⁴⁸, el carácter no contractual de la actividad en cuestión⁴⁹, así como el cumplimiento de lo previsto en esta Ley.

El fundamento de los convenios urbanísticos reside en los principios de participación de los ciudadanos en el urbanismo (art. 5.2 de la LOUA) y de eficacia de la Administración (art. 3.1 de la LRJSP), así como encuentran justificación en un pro-

⁴⁶ PIZARRO NEVADO, R., *op. cit.*, pág. 146, apunta que debe ser la legislación reguladora de cada tipo de convenio la que determine el procedimiento que se debe seguir y cómo se inserta en el mismo la memoria o trámite que permita acreditar el cumplimiento de las exigencias correlativas. Señala también (pág. 145) que, con carácter previo a la suscripción de un convenio, coincidiendo con la fase de negociación, las Administraciones públicas están obligadas a constatar que en un convenio proyectado se dan los elementos objetivos y subjetivos comentados y que su contenido es adecuado a los fines perseguidos.

⁴⁷ Para LUQUE REGUEIRO, F., *op. cit.*, pág. 1271, esto equivale a que la suscripción del convenio debe estar motivada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución.

⁴⁸ Según LUQUE REGUEIRO, F., *op. cit.*, pág. 1271, significa que si el convenio afecta a los gastos o ingresos públicos presentes y futuros, se deberá cuantificar y valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, pero también podrán incorporarse los correspondientes análisis económicos de eventuales repercusiones indirectas en la economía (local, en este caso), en el ánimo de ilustrar sobre las consecuencias económicas globales del convenio.

⁴⁹ LUQUE REGUEIRO, F., *op. cit.*, pág. 1271, postula que los órganos gestores están compelidos a exponer las razones por las que el contenido obligacional del convenio no coincide con la naturaleza propia de los contratos sujetos al TRLCSP (en la actualidad, LCSP) o que su objeto no está comprendido en el de los contratos regulados en dicha Ley o en normas administrativas especiales, de modo que la memoria habrá de pronunciarse expresamente sobre si resulta de aplicación la exclusión prevista en el art. 4.1.c) y d) del TRLCSP (art. 6, apartados primero y segundo, de la LCSP, hoy en día) y, en definitiva, si es dable apartarse de los principios de concurrencia e igualdad que rigen la contratación pública.

pósito pacificador de las relaciones urbanísticas, en cuanto permite llegar a acuerdos que resuelven controversias existentes o impiden su aparición⁵⁰.

La necesidad y oportunidad, en el caso de convenios urbanísticos de planeamiento puede encontrar su fundamento en la justificación -exigida por el art. 36.2, regla a).1ª, de la LOUA- de la mejora que la futura ordenación suponga para el bienestar de la población y fundarse en el mejor cumplimiento de los principios y fines de la actividad pública urbanística y de las reglas y estándares de ordenación regulados en la LOUA.

No obstante, hay supuestos en los que la necesidad del convenio urbanístico nace de la propia Ley; p. ej., la remisión expresa del art. 55.3 de la LOUA a la suscripción de un convenio urbanístico de planeamiento para el supuesto de sustitución por su valor en metálico de las cesiones del suelo correspondientes a la participación de la comunidad en las plusvalías (10% del aprovechamiento lucrativo) en actuaciones de dotación en suelo urbano no consolidado (ex art. 45.2, letras B.c).

A igual razonamiento llegamos en el caso de los convenios urbanísticos de gestión cuando la LOUA recurre a ellos para el establecimiento y tramitación del sistema de actuación (p. ej., establecimiento del sistema de compensación por propietario único o unanimidad de los propietarios, ex arts. 130.1 y 138) o la cesión de suelo para dotaciones (art. 143.2).

Para que un convenio urbanístico quede excluido de las normas de contratación pública han de concurrir los siguientes requisitos: a) que no se intente alcanzar un beneficio en el mercado o éste sea de carácter residual; b) que se trate de un objetivo de interés público común a ambas partes, sin favorecer a ningún operador privado; y c) que se trate de una cooperación real, entre otros aspectos⁵¹.

c) Información pública⁵²:

Los convenios urbanísticos deben someterse al trámite de información pública antes de su aprobación (art. 25.1 del TRLSRU y art. 39.2 de la LOUA), mediante

⁵⁰ SENDÍN GARCÍA, M. A., *op. cit.*, págs. 62 y ss.

⁵¹ PFLUEGER TEJERO, E., *op. cit.*, pág. 1254, al amparo de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07 (TJCE 2009/272); de 19 de diciembre de 2012, asunto C-159/11 (TJCE 2014/437); y de 18 de diciembre de 2007, asunto C-220/06 (TJCE 2007/386)

⁵² Para SENDÍN GARCÍA, M. A., *op. cit.*, pág. 268 y ss., esto supone que su finalidad esencial no es la tutela de los intereses particulares de los interesados, sino permitir la accesibilidad de todos los posibles datos que puedan ser de utilidad a la hora de resolver el procedimiento, aunque no deja por ello de constituir también una medida que garantiza el derecho de la ciudadanía a defender su posición, permitiéndole hacer llegar su voz a la Administración.

publicación de anuncio en el correspondiente boletín oficial de la provincia y tablón de anuncios municipal.

El anuncio señalará el lugar de exhibición, debiendo estar en todo caso a disposición de las personas que lo soliciten a través de medios electrónicos en la sede electrónica correspondiente, y determinará el plazo para formular alegaciones, que, en ningún caso podrá ser inferior a veinte días hábiles (art. 83, en relación con art. 30.2, de la LPACAP). La comparecencia en el trámite de información pública no otorga, por sí misma, la condición de interesado; no obstante, quienes presenten alegaciones u observaciones en este trámite tienen derecho a obtener de la Administración una respuesta razonada, que podrá ser común para todas aquellas alegaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales.

Aunque el art. 95.2 de la LOUA sólo prevé la información pública de los convenios urbanísticos de gestión en determinados casos⁵³, inferimos, de la literalidad de los arts. 25.1 del TRLSRU (con carácter básico) y art. 39.2 de la LOUA, que todos ellos deben someterse a este trámite.

Cabe la posibilidad de que surjan modificaciones al texto inicial en este trámite y, por ende, sea necesario que ese texto transformado reciba también el visto bueno de la contraparte, pues pudiere ocurrir que con esas alteraciones ya no convenga a la persona que acuerda con la Administración⁵⁴. La presentación para aprobación de una propuesta con contenido radical o sustancialmente diferente precisaría de un nuevo trámite de información pública.

d) Informes:

A los efectos de la resolución del procedimiento -de acuerdo con el art. 79.1 de la LPACAP-, se solicitarán aquellos informes que sean preceptivos por las disposiciones legales y los que se juzguen necesarios para resolver, citándose el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de reclamarlos. También el art. 172 del ROFRJEL⁵⁵ prevé que en los expedientes informará el Jefe de la Dependencia a la que corresponda tramitarlos, exponiendo los antecedentes y disposiciones legales o reglamentarias en que funde su criterio. Ha de sumarse el informe específico de valoración de aprovechamientos especificado en el art. 30.2 de la LOUA, en

⁵³ Los convenios que tengan por finalidad la elección o sustitución del sistema de ejecución, la fijación de sus bases, o incluyan entre sus compromisos algunos de los objetos establecidos para la reparación, según lo dispuesto en el artículo 100.2 de la LOUA, deberán ser sometidos antes de su firma a información pública por un plazo de veinte días.

⁵⁴ SENDÍN GARCÍA, M. A., *op. cit.*, pág. 272 y ss.

⁵⁵ R. D. 2568/1986, de 28 de noviembre, Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades locales.

caso de permuta o sustitución en metálico, u otros que exigiera la normativa especial (bienes públicos, patrimonio histórico, etc.)

Cuando el convenio urbanístico sea susceptible de producir derechos de contenido económico, procede la emisión de informe en ejercicio de la función interventora, *ex art. 214 del TRLHL*⁵⁶, que, además, habrá de analizar, entre otros aspectos, las exigencias del art. 48, apartados quinto y sexto, de la LRJSP, es decir, la sostenibilidad de los compromisos financieros asumidos, la capacidad de los suscriptores para financiarlos, así como que las aportaciones financieras comprometidas no superen los posibles gastos derivados de la ejecución del convenio.

Con la entrada en vigor de R. D. 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, se exige (art. 3.3), dentro de la función de asesoramiento legal preceptivo, la emisión de informe previo para la aprobación, modificación y derogación de convenios, si bien ese informe de la Secretaría podrá consistir en una nota de conformidad en relación con los informes que hayan sido emitidos por los servicios del propio Ayuntamiento y que figuren como informes jurídicos en el expediente (art. 3.4).

e) Aprobación:

El acuerdo de aprobación del convenio, al menos, identificará a los otorgantes, así como señalará su ámbito, objeto y plazo de vigencia (art. 30.2, regla 4ª y art. 95.2, regla 3ª).

El acto administrativo de aprobación se notificará a los interesados cuyos derechos e intereses sean afectados, en los términos previstos en la normativa aplicable (art. 40.1 de la LPACAP).

En cuanto al órgano competente para la aprobación del convenio urbanístico, la LBRL señala de forma explícita al Pleno municipal para los municipios de régimen común -*ex art. 22.2, letra c)*- para la aprobación de los convenios que tengan por objeto la alteración de instrumentos urbanísticos⁵⁷; por lo que cabe entender que para el resto de convenios urbanísticos es el Alcalde el órgano competente para su aprobación -en virtud del art. 21.1, letras j) o s)-, con posibilidad de delegar en la Junta de Gobierno Local. En cambio, no se pronuncia expresamente la LBRL para los

⁵⁶ R. D. Leg. 2/2004, de 5 de marzo, Texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales.

⁵⁷ ARIAS MARTÍNEZ, M. A., *op. cit.*, pág. 262, razona: “Por lo que se refiere a la Administración Local, la competencia le corresponde al Alcalde en ejercicio de sus funciones de dirección de gobierno y Administración municipal y representación del ayuntamiento. Asimismo, la LBRL atribuye al pleno del ayuntamiento la aprobación de los convenios de fusión de municipios (art. 13.6). También le corresponde al Pleno municipal la aprobación de los convenios urbanísticos que vayan a alterar instrumentos de planeamiento (art. 22.2).”

municipios de gran población. Pese a que el art. 19.3 de la LBRL indica que será de aplicación el régimen común para lo no previsto en el Título X (dedicado a los municipios de gran población), sin embargo, en esta última sede, el art. 124.4.ñ) atribuye expresamente la competencia residual al Alcalde, así que no apreciamos la existencia de laguna jurídica que debiera ser resuelta con remisión al régimen común.

La STSJ del País Vasco de 8 de marzo de 2017⁵⁸, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la denegación de medida cautelar, no aprecia de forma incontrovertible el *fumus boni iuris* alegado por la apelante fundado en la competencia del Pleno (y no de la Junta de Gobierno Local) para la aprobación del convenio urbanístico (*ex* art. 22.2, letra c, de la LBRL), ante la oposición del Ayuntamiento de San Sebastián y la parte codemandada, que defienden que no es aplicable a los municipios con régimen de gran población.

Ahora bien, encontramos pronunciamientos en la doctrina que sostienen que corresponde a la Junta de Gobierno Local la aprobación de todos los convenios urbanísticos en municipios de gran población, con fundamento en el art. 127.1, letra d), de la LBRL, y por consiguiente, abogan por que el legislador, con una voluntad clara de limitación a esos actos, confiere al Pleno únicamente la aprobación inicial

⁵⁸ JUR 2017/147699.

Alega la recurrente que concurre a su favor el *fumus boni iuris*, por cuanto el artículo 22.2.c) de la LBRL en la redacción dada por el número 1 de la disposición adicional novena del TRLSRU, expresamente atribuye al Pleno la competencia de aprobación de los convenios que tengan por objeto la alteración de cualquiera de los instrumentos y planes de ordenación urbanística, resultando que el artículo 127 de la LBRL no atribuye a la Junta de Gobierno Local competencia para la aprobación de los convenios urbanísticos.

El Ayuntamiento de San Sebastián demandado niega, sin embargo, que concurra el *fumus* que la apelante pretende, por cuanto la reforma de la LBRL operada por la disposición adicional novena de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, atribuyó al Pleno la competencia de aprobación de los convenios urbanísticos en los municipios de régimen común, al modificar el artículo 22.2.c) LBRL pero no introdujo una previsión análoga para los municipios de gran población.

La parte codemandada que se opone rechaza el *fumus* invocado razonando que resulta aplicable el régimen de los municipios de gran población previsto por el Título X LBRL y no el régimen general al que alude la recurrente, resultando competente la Junta de Gobierno Local para la aprobación del convenio, puesto que el artículo 123 la excluye expresamente de las competencias del pleno.

No obstante, el órgano jurisdiccional no se pronuncia sobre este aspecto que remite a su resolución en sentencia sobre el fondo, con la siguiente explicación: *“Finalmente, hemos de decir que no concurre en favor de la apelante la apariencia de que litiga con razón, con el carácter diáfano e incontrovertible que exige la doctrina jurisprudencial para que el fumus pueda decantar el juicio de ponderación de intereses, en cuanto postula la incompetencia de la Junta de Gobierno local por la razón de que el artículo 22.2.c) LBRL, en la redacción dada por el número 1 de la disposición adicional novena del Real Decreto Legislativo siete/2015, de 30 de octubre, atribuye expresamente al pleno la competencia de aprobación de los convenios que tengan por objeto la alteración del planeamiento, toda vez que, frente a dicho planteamiento las apeladas alegan que dicha reforma modificó únicamente el régimen de los municipios de régimen común pero no introdujo una previsión análoga para los municipios de gran población. Se trata por tanto de una cuestión que ha de ser resuelta en sentencia, y que no permite un pronunciamiento en esta pieza sin riesgo de prejuzgar.”*

del planeamiento general y la aprobación que ponga fin a la tramitación municipal de los planes y demás instrumentos de ordenación (art. 123.1, letra i)⁵⁹.

En lo que respecta a otras Comunidades Autónomas, las normas urbanísticas de Cantabria⁶⁰, Castilla-La Mancha⁶¹, Madrid⁶² y Murcia⁶³ otorgan al Pleno la competencia para aprobar los convenios urbanísticos. En Aragón, sin embargo, el Alcalde es competente para aprobar los convenios de gestión y corresponde al Pleno la aprobación de los convenios urbanísticos de planeamiento⁶⁴. Asturias requiere la autorización del Pleno para los convenios que comporten una modificación urbanística parcial⁶⁵ y, en Canarias, la competencia corresponde al mismo órgano que la ostente para modificar el planeamiento y al Pleno para aquéllos convenios que no tengan tal objeto⁶⁶.

A nuestro juicio, podemos entender que los convenios urbanísticos de gestión constituyan instrumentos de gestión urbanística y, por tanto, sea la Junta de Gobierno Local en los municipios de gran población la que los apruebe, *ex art.* 127.1.d) de la LBRL. En cuanto a los convenios de planeamiento, a pesar de no estar incluidos en el listado del art. 7 de la LOUA (en consecuencia, no están subsumidos en las competencias sobre aprobación de instrumentos urbanísticos ostendadas por la Junta de Gobierno Local y el Pleno, respectivamente), consideramos de poca lógica atribuir

⁵⁹ En este sentido, ETXEZARRETA VILLALUENGA, J. C., "Los convenios urbanísticos", en *Derecho urbanístico del País Vasco*, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid (2008); y OCHOA GÓMEZ, M. P., *Los convenios urbanísticos. Límites a la figura redentora del urbanismo*, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid (2006), donde cita a CHOLBI CACHÁ, F. A., quien, con reservas, esboza la posibilidad de apoyar la aprobación en la cláusula residual de competencias de la Alcaldía.

En la *Guía Jurídica de Wolters Kluwer, Convenios urbanísticos*, se inclinan por atribuir la competencia de aprobación de convenios urbanísticos a la Junta de Gobierno Local, al amparo de lo dispuesto en el art. 127.1.d) de la LBRL.

http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H-4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmJqINTbtLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQap-tWmJocSoA6yZQ3TUAAAA=WKE

⁶⁰ Arts. 261 y 262 de Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio, de ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo de Cantabria.

⁶¹ Art. 12 del Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, del Texto refundido de la Ley de ordenación del territorio y de la actividad urbanística.

⁶² Art. 247.4 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

⁶³ Art. 182.6 de la Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia.

⁶⁴ Arts. 101.2 y 102.3 del Decreto Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, Texto refundido de la Ley de urbanismo de Aragón.

⁶⁵ Art. 213 del Decreto Ley 1/2004, Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo

⁶⁶ Art. 292 de Ley 4/2017, de 13 de julio, del suelo y de los espacios naturales protegidos de Canarias.

la aprobación de aquéllos, de forma residual, al Alcalde, habida cuenta de que es la Junta de Gobierno Local la que aprueba los proyectos de instrumentos de ordenación urbanística (art. 127.1, letra c de la LBRL) y pudiera, así, ocurrir que se le de virtualidad a un convenio urbanístico cuyos efectos en el planeamiento terminen, casi inmediatamente, con la inadmisión a trámite por parte de la Junta de Gobierno Local. Nos inclinamos, consecuentemente, por que, al menos, sea este último órgano municipal, en Andalucía, el que apruebe los convenios urbanísticos de planeamiento (si no, el Pleno, atendiendo a la titularidad de la competencia si el convenio urbanístico afectare al planeamiento general), aunque sería recomendable que *lege ferenda* se aclarase tal extremo.

En este sentido, advertimos de que la disposición adicional segunda, apartado cuarto, de la LCSP, señala a la Junta de Gobierno Local como órgano de contratación competente en los municipios de gran población (salvo para la aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, que corresponde al Pleno)⁶⁷. En esta disposición podría, por tanto, fundamentarse, para estos municipios andaluces, la competencia de la Junta de Gobierno Local en lo que atañe a la aprobación del convenio urbanístico, ya sea por aplicación del art. 4 de la LCSP (si bien, para resolver dudas y lagunas en los negocios jurídicos excluidos de esta Ley, remite a la aplicación sólo de sus principios) ya sea por analogía.

f) Firma:

Los convenios se perfeccionan por la prestación del consentimiento de las partes (art. 48.8 de la LRJSP)⁶⁸.

Los arts 21.1.b) y 124.4.a) de la LBRL atribuyen al Alcalde la representación del Ayuntamiento (en régimen común y de gran población, respectivamente), además de la más concreta competencia reconocida en el art. 41.12 del ROFRJEL para suscribir documentos. No obstante, podrá actuar directamente o mediante delegación del ejercicio de la competencia en un concejal (art. 9 de la LRJSP, 21.3 y 124.5 de la LBRL, y arts. 43 y ss. del ROFRJEL)⁶⁹.

⁶⁷ Tal condición de órgano de contratación de la Junta de Gobierno Local en los municipios de gran población también se reconocía por el derogado TRLCSP (disposición adicional segunda, apartado tercero).

⁶⁸ ARIAS MARTÍNEZ, M. A., *op. cit.*, pág. 264, apunta que los convenios se perfeccionan válidamente por la concurrencia de las manifestaciones de voluntad y, desde ese momento, ya se puede hablar de despliegue de una serie de efectos que vinculan a las partes a un comportamiento conforme a las exigencias de la buena fe, de respeto al convenio mismo y de la situación de dependencia que se ha creado, en la que las partes tienen una confianza digna de protección.

⁶⁹ LUQUE REGUEIRO, F., *op. cit.*, pag. 1263, subraya que, en el caso de sujetos públicos, sólo podrán firmar aquéllos que, según sus propias normas de distribución de atribuciones, ostenten competencia para ello, bien directamente o por delegación.

Para la actuación asistida del órgano competente en la firma del convenio urbanístico, conforme a lo establecido en el art. 92.1 de la LBRL y arts. 1 a 3 del R. D. 128/2018, de 16 de marzo, de régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, las funciones públicas necesarias de fe pública y asesoramiento legal preceptivo corresponden a estos funcionarios municipales.

La capacidad de obrar ante las Administraciones públicas se reconoce, *ex art.* 3 de la LPACAP, a las personas físicas o jurídicas que la ostenten con arreglo a las normas civiles (arts. 29, 30, 35 y 322 del CC, y demás normativa concordante), cuyo régimen de representación está regulado en el art. 5 de la LPACAP⁷⁰.

La falta de ratificación y firma del convenio por la Administración determina su falta de validez, quedando su valor reducido a una mera declaración de intenciones⁷¹.

g) Inscripción y depósito en el Registro administrativo de instrumentos de planeamiento, convenios urbanísticos y de los bienes y espacios catalogados, en los términos regulados en los arts. 30.2.4^a y 95.2.3^a de la LOUA, en relación con el art. 41.3, y Decreto 2/2004, de 7 de enero, por el que se regulan los registros administrativos de instrumentos de planeamiento, de convenios urbanísticos y de los bienes y espacios catalogados, y se crea el Registro autonómico.

h) Publicación:

El acuerdo de aprobación del convenio urbanístico se publicará en el Boletín Oficial de la Provincia con expresión, al menos, de haberse procedido a su depósito en el Registro administrativo e identificación de sus otorgantes, objeto, situación y emplazamiento de los terrenos afectados (art. 86.2 de la LPACAP, art. 25.1 del TR-LSRU, así como arts. 30.2.4^a y 95.2.3^a, en relación con el art. 41.3, de la LOUA). La falta de publicación supone, en su caso, la ineficacia del convenio⁷².

El Ayuntamiento debe tener a disposición de los ciudadanos que lo soliciten copias completas de los convenios urbanísticos (art. 70 *ter*, apartado primero de la LBRL).

i) Remisión al Tribunal Cuentas:

⁷⁰ LUQUE REGUEIRO, F., *op. cit.*, pág. 1263, explica que los sujetos intervinientes han de ostentar la adecuada capacidad, representación y competencia. Cuando se trate de sujetos privados sólo podrán firmar tales instrumentos las personas físicas que, según sus Estatutos, o en función de los correspondientes apoderamientos, ostenten la representación de la persona jurídica.

⁷¹ SENDÍN GARCÍA, M. A., *op. cit.*, pág. 281.

⁷² SENDÍN GARCÍA, M. A., *op. cit.*, pág. 283.

Los convenios cuyos compromisos económicos asumidos superen los 600.000 euros⁷³ deberán remitirse electrónicamente al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma, según corresponda, dentro de los tres meses siguientes a su suscripción, así como se comunicarán las modificaciones, prórrogas, variaciones de plazos, alteración de importes de los compromisos económicos asumidos y su extinción (art. 53 de la LRJSP)⁷⁴.

j) Inscripción en el Registro de la Propiedad⁷⁵:

Podrán hacerse constar en el Registro de la Propiedad, en la forma y con los efectos dispuestos por la legislación reguladora de éste (Ley Hipotecaria y R. D. 1093/1997, de 4 de julio, Reglamento hipotecario urbanístico), los actos firmes de aprobación de los expedientes de ejecución de la ordenación urbanística en cuanto supongan la modificación de las fincas registrales afectadas por el instrumento de ordenación, la atribución del dominio o de otros derechos reales sobre las mismas o el establecimiento de garantías reales de la obligación de ejecución o de conservación de la urbanización y de las edificaciones, así como cualquier otro acto administrativo que, en desarrollo de los instrumentos de ordenación o ejecución urbanísticos modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de éstas (art. 65.1 del TRLSRU). Con mayor concreción, el art. 177.1, letra a), de la LOUA menciona, como acto inscribible, la aprobación de convenios urbanísticos cuando supongan la alteración de la descrip-

⁷³ Idéntica cantidad a la reflejada en el art. 335.1 de la LCSP para los contratos de obras, concesiones de obras, concesiones de servicios y acuerdos marco (anteriormente, art. 29 del TRLCSP, en términos parecidos).

⁷⁴ Señala ARIAS MARTÍNEZ, M. A., *op. cit.*, pág. 277, que no constituye un requisito de eficacia del convenio, es una obligación legal independiente que no se ve afectada por un eventual retraso en la publicación o registro del convenio.

En palabras de LADO CASTRO-RIAL, C., *Régimen jurídico...*, RECUERDA GIRELA, M. A. (Dir.), *op. cit.*, pág. 1283 y ss., supone la elevación a norma de rango legal de la previsión contenida en la Resolución de 19 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.

⁷⁵ ZURITA JIMÉNEZ, M., en "Convenios urbanísticos en la LOU de Andalucía", *Directivos Construcción*, n° 163 (enero 2004), Ed. Wolters Kluwer, Madrid (2004), pág. 39, distingue las obligaciones de cesión de terrenos de las obligaciones de ejecución de obras. En las primeras, para poder operar el convenio urbanístico como título de transmisión inscribible en el Registro de la Propiedad, enumera las siguientes determinaciones: a) la naturaleza, situación y linderos de los inmuebles a los cuales afecte el derecho que deba inscribirse, y su medida superficial, nombre y número, si constan en el título; b) la naturaleza, la extensión y condiciones suspensivas o resolutorias, si las hay, del derecho que se inscriba y su valor, cuando constare en el título; c) el derecho sobre el cual se constituya el que sea objeto de la inscripción; d) la persona natural o jurídica a cuyo favor se debe hacer la inscripción; y e) la persona de quien procedan inmediatamente los bienes o derechos que deban inscribirse.

ción registral, del dominio o de cualquier otro derecho real de la finca o fincas objeto del mismo.

Tendrán acceso al Registro de la Propiedad (aunque el contenido del convenio no sea susceptible de inscripción) las garantías reales (p. ej., hipoteca) que se hayan impuesto sobre fincas registrales para asegurar el cumplimiento de los compromisos asumidos en el convenio⁷⁶.

IV. LA EXTINCIÓN DE LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS

1. Supuestos de extinción

Los supuestos de extinción de los convenios están enumerados en el art. 51 de la LRJSP, que distingue entre: a) cumplimiento de las actuaciones que constituyen su objeto (que será el modo normal u ordinario de extinción), y b) por incurrir en causas de resolución.

Como causas de resolución, el apartado segundo del art. 51 de la LRJSP contempla las siguientes⁷⁷:

- a) Transcurso del plazo de vigencia del convenio sin haberse acordado su prórroga⁷⁸.
- b) Acuerdo unánime de todos los firmantes⁷⁹.
- c) Incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por parte de alguno de los firmantes⁸⁰.

⁷⁶ En este sentido, SENDÍN GARCÍA, M. A., *op. cit.*, pág. 292.

⁷⁷ En opinión de LUQUE REGUEIRO, F., *op. cit.*, pág. 1276 y ss., este precepto da cobertura y solución *ope legis* a la extinción de aquellos convenios que, por defectos en su redacción o falta de previsión de las partes, omitan las eventualidades mercedoras de resolución y, por tanto, hace innecesaria su incorporación al contenido del convenio para su operatividad.

⁷⁸ LUQUE REGUEIRO, F., *op. cit.*, pág. 1276, piensa que, en puridad jurídica, la pérdida de vigencia del convenio no cabe considerarla en sentido estricto como una causa de resolución.

⁷⁹ Llama la atención LUQUE REGUEIRO, F., *op. cit.*, pág. 1278, sobre la circunstancia de que en ese momento la representación, capacidad y competencia de cada una de las partes no tiene por qué coincidir necesariamente con las personas físicas que inicialmente firmaron el convenio. Asimismo, opina que el acuerdo unánime debe ser rubricado en un determinado instrumento, que cumpla los requisitos legales, donde las partes manifiesten que la ejecución se ha realizado a conformidad de todas ellas o que se opta por renunciar a la consecución del objeto (si es viable tal renuncia).

⁸⁰ LUQUE REGUEIRO, F., *op. cit.*, pág. 1277, cuestiona que no se discrimine entre los incumplimientos graves o reiterados y los que no lo son, así como entre obligaciones principales y accesorias.

d) Decisión judicial declaratoria de la nulidad del convenio⁸¹.

En nuestra opinión, también supondría causa de resolución la declaración de nulidad por vía administrativa, a través del correspondiente procedimiento de revisión (art. 106 de la LPACAP).

SENDÍN⁸² remite a los supuestos de invalidez previstos para los contratos administrativos (arts. 38 y ss. de la LCSP, en la actualidad) y suma, como causa específica, la imposición de obligaciones más gravosas que las previstas en la Ley.

Mantiene también que la declaración de nulidad dará lugar a la devolución recíproca de las prestaciones o, no siendo esto posible, a la devolución de su valor, pues determina la restitución de las partes a la situación en la que se encontraban antes de su celebración, de tal forma que recuperan los derechos y potestades que le correspondan por atribución legal⁸³.

Entendemos que, de concurrir la nulidad parcial de sólo alguna o algunas estipulaciones del convenio urbanístico, conforme a lo dispuesto en el art. 51 de la LPACAP, podrá decidirse, si procede, la conservación del contenido que se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

⁸¹ Alerta ARIAS MARTÍNEZ, M. A., *op. cit.*, págs. 277 y ss., de que también pueden verse afectados por un vicio de invalidez (nulidad o anulabilidad) cualquiera de los actos administrativos que traen causa del convenio o que hayan servido de soporte.

Para LUQUE REGUEIRO, F., *op. cit.*, pág. 1278, no constituye una causa de resolución, sino una forma de extinción, y hubiera sido conveniente especificar cuáles son concretamente los vicios susceptibles de provocar tal nulidad, pues pueden concurrir vicios menos severos de anulabilidad.

⁸² SENDÍN GARCÍA, M. A., *op. cit.*, pág. 229 y ss., donde hace un análisis extenso de la invalidez del convenio.

Este autor (págs. 123 y ss) señala también, como límites y posibles causas de invalidez del convenio urbanístico: la falta de consentimiento, objeto incierto o imposible, ausencia de causa, incumplimiento de la legalidad (normas imperativas, principio de jerarquía entre instrumentos de planeamiento, equilibrio económico de las prestaciones, prohibición de reservas de dispensación), no persecución del interés público, disponibilidad de las potestades administrativas, desatención del principio de eficacia y buena administración, exceso de competencia y desvinculación a los hechos determinantes (comprometerse a otorgar aquello que el ordenamiento jurídico sujeta a requisitos fácticos que no se dan o no otorgarlo por causa del convenio cuando se dan tales requisitos).

Ante una declaración de nulidad habrá de estarse a los postulados contenidos en el artículo 1303 del Código Civil en relación con la restitución. Efectivamente, en el mismo se establece que *“declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio de los intereses...”*, añadiendo el artículo 1307 del mismo Código, para el supuesto en que no resultara posible la devolución de la cosa que el obligado *“deberá restituir lo frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha”*.

Así, ante un supuesto de nulidad de convenio urbanístico, la *“consecuencia insoslayable de ello es la devolución de las cantidades recíprocamente entregadas, a tenor de lo establecido en los artículos 1303 y siguientes del Código Civil”*, como declara el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de marzo de 2003 (RJ 2003/2923).

⁸³ SENDÍN GARCÍA, M. A., *op. cit.*, págs. 246 y ss.

e) Otra causa distinta de las anteriores prevista en el convenio⁸⁴ o en otras leyes:

Respecto a aquellos convenios urbanísticos cuyo objeto verse sobre la tramitación de procedimientos administrativos (v. gr., innovaciones de planeamiento, ejecución de sistemas de actuación, reparcelación), consideramos conveniente recoger expresamente en el convenio, como un supuesto más de extinción, la terminación de los procedimientos por otras resoluciones distintas a la aprobatoria, esto es, por recaer de acuerdo denegatorio, desistimiento (recordemos que cabe por parte de la Administración, *ex art.* 93 de la LPACAP), renuncia, caducidad o causa sobrevenida⁸⁵.

2. Efectos de la extinción

En caso de incumplimiento de obligaciones y compromisos (como causa de resolución), el art. 51.2.c) de la LRJSP regula el requerimiento a la parte incumplidora⁸⁶. El párrafo utiliza el verbo “*podrá*”, con lo que surge la duda habitual de si ello significa que es una habilitación legal para la posible decisión libérrima de la parte cumplidora o un precepto con carácter de mandato. Abogamos por su carácter de mandato (dado el aspecto convencional de la institución, la presencia del mecanismo de seguimiento, vigilancia y control, la posible existencia de otras partes, así como la previsión de este trámite previo para la resolución, según la redacción del propio artículo), y, en consecuencia, por la inclusión del régimen de este requerimiento en el contenido del convenio.

La LRJSP, en ese caso, expone que cualquiera de las partes podrá notificar a la parte incumplidora un requerimiento para que cumpla en un determinado plazo⁸⁷ con las obligaciones o compromisos que se consideran incumplidos, que será comunicado al responsable del mecanismo de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y a las demás partes firmantes. Así pues, es importante que el convenio estipule el deber de efectuar el requerimiento y señale los plazos tanto

⁸⁴ Principio de libertad de pactos, según LUQUE REGUEIRO, *op. cit.*, pág. 1279.

⁸⁵ Arts. 84 y concordantes de la LPACAP.

⁸⁶ La inclusión de este requerimiento en el texto de la Ley fue criticado en sede parlamentaria por el Grupo Parlamentario Izquierda Plural, en el Congreso de los Diputados, enmiendas n° 90 y 91, porque “*puede producir una fuerte inestabilidad en los convenios*”.

⁸⁷ Advierte ARIAS MARTÍNEZ, M. A., *op. cit.*, pág. 272, de que el legislador no especifica ni exige una cierta proporcionalidad entre el tipo de incumplimiento, más o menos grave, y la amplitud del plazo concedido para cumplir las obligaciones no realizadas.

PIZARRO NEVADO, R., *op. cit.*, pág. 149, critica que no se ha matizado la reacción en función de la gravedad del incumplimiento, ni se ha diferenciado entre los distintos tipos de convenios administrativos, previéndose una solución única, cualquiera que sea la modalidad empleada y la naturaleza jurídica del sujeto que sufre el incumplimiento. Ante ello, plantea que en los convenios con sujetos de Derecho Privado, en consideración a la entidad del incumplimiento del particular, se permita que la Administración acuda a los mecanismos de ejecución forzosa para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas.

para el cumplimiento de la obligación como para la notificación al responsable del mecanismo y a las otras partes, además de la, más que recomendable, posibilidad de formular alegaciones durante tal período.

Transcurrido el plazo indicado en el requerimiento, de persistir el incumplimiento, la parte que lo dirigió notificará a las demás firmantes la concurrencia de la causa de resolución y se entenderá resuelto el convenio⁸⁸. Habida cuenta de que la Ley prevé que el incumplimiento podrá conllevar la indemnización de los perjuicios causados, si así se hubiera previsto, alentamos también al establecimiento del *quantum* o de las bases para su cálculo en el convenio urbanístico⁸⁹.

⁸⁸ Opina ARIAS MARTÍNEZ, M. A., *op. cit.*, pág. 273, que, en este supuesto, quien declara la resolución del contrato y, por lo tanto, la extinción del mismo, es una de las partes; sin embargo, ello no impide a las otras partes impugnar esta decisión ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

A juicio de PIZARRO NEVADO, R., *op. cit.*, pág. 150, parece reconocerse a cualquiera de las partes la facultad de decidir si se ha cumplido o no adecuadamente y, por tanto, si se resuelve el convenio, lo que puede generar una indeseable inestabilidad y convertirse en un foco de conflictividad. Señala que se deja sin sentido la intervención del mecanismo de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio, al que simplemente se notificaría que se ha efectuado el requerimiento, pero sin concederle aparentemente intervención en la decisión resolutoria. En consecuencia, propone que, para evitar la conflictividad, se perfilé suficientemente en los convenios cuáles son los mecanismos de seguimiento y control de la ejecución de los compromisos adquiridos por los firmantes, incorporando soluciones realistas y ágiles que no pasen necesariamente por la resolución.

PFLUEGER TEJERO, E., *op. cit.*, pág. 1254, reseña que en los convenios no debe darse una situación de subordinación entre las partes, de modo que, como señala el Tribunal Supremo, en Sentencia de 15 de julio de 2003 (RJ 2003/6345), “*a diferencia de los contratos administrativos ninguna de las partes tiene prerrogativas ni fuerza vinculante*”. Sin embargo, SENDÍN GARCÍA, M. A., *op. cit.*, pág. 113, puntualiza que “*en la concertación urbanística confluyen dos sujetos que están en situación de desigualdad, en cuanto la Administración, como poder público que es, está dotado de potestades públicas que le sitúan en una situación de superioridad*”.

⁸⁹ SENDÍN GARCÍA, M. A., *op. cit.*, págs. 178 y ss., aduce que, de acuerdo con el principio de indisponibilidad, la Administración no puede ser compelida forzosamente a cumplir el convenio cuando puede desligarse lícitamente del mismo, ni cabe fijar medidas que presionen a la Administración para llegar al resultado pactado en el convenio, al aprobar los planes; de ahí que no debe admitirse el pacto de una penalidad que recaiga sobre la Administración. Por lo que, aunque el Ayuntamiento hubiese celebrado contrato en el que se obligaba a una determinada clasificación de los terrenos con un determinado aprovechamiento, si posteriormente considera que el interés público requiere una clasificación o aprovechamientos distintos, puede alterar el planeamiento sin que el convenio sea obstáculo.

La justificación de libertad en la posibilidad de desligarse de lo acordado -que no existe en el campo del Derecho Civil- tiene su justificación en que el urbanismo es una función pública y, como tal, indisponible e irrenunciable (STS 15 de marzo de 1997, RJ 1997/1677).

Los incumplimientos de un convenio urbanístico no son directamente exigibles, sino generadores de daños y perjuicios evaluables, a no ser que sus pactos se integren en instrumentos específicos del planeamiento que son los que tienen carácter normativo STSJ Cataluña de 26 enero de 2006 (JUR 2006\255592).

Según SENDÍN⁹⁰, el incumplimiento por la Administración de sus obligaciones derivadas del convenio urbanístico puede dar lugar a tres tipos de acciones: contractuales, de responsabilidad patrimonial y de enriquecimiento injusto.

En caso de incumplimiento por el particular, la Administración podrá hacer uso de sus poderes de decisión unilateral y ejecutoria para lograr su cumplimiento, recayendo sobre la persona que conviene la decisión de impugnar si no está de acuerdo⁹¹. Es posible el establecimiento de cauciones o medidas de garantía en el convenio y, así, la STS de 16 de octubre de 2001⁹² admite la constitución de un aval ejecutable en caso de incumplimiento de la contraparte privada.

El cumplimiento y la resolución de los convenios darán lugar a su liquidación, en virtud del art. 52 de la LRJSP, con el objeto de determinar las obligaciones y compromisos de cada una de las partes⁹³.

A tal fin, el precepto, para los compromisos financieros derivados del convenio, apunta que se entenderán cumplidos una vez realizados en los términos y a satisfacción de ambas partes (de todas, añadimos), de acuerdo con sus respectivas competencias. Para ello contempla dos reglas de compensación, dependiendo de que el importe de las actuaciones ejecutadas fuera inferior o superior, respectivamente, a los fondos percibidos. En el primer supuesto, conllevará el reintegro del exceso en el

⁹⁰ SENDÍN GARCÍA, M. A., *op. cit.*, págs. 190 y ss. En sentido similar ARREDONDO GUTIÉRREZ, J., *Los convenios urbanísticos*, Ed. Comares, Granada (2003), pág. 88.

Ahora bien, SENDÍN distingue entre el incumplimiento culpable de la Administración y la resolución no culpable. En este último caso —p. ej., pactos relativos al ejercicio de potestades públicas indisponibles—, basta con el ejercicio diligente de lo pactado sin deber de obtener el resultado y, por lo tanto, sólo conlleva la resolución del convenio. Por el contrario, si acaece un incumplimiento culpable por la Administración, el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación con el resarcimiento de daños y perjuicios con abono de intereses (art. 1124 del Código Civil), sin menoscabo de reclamación en vía administrativa por inactividad de la Administración (art. 29 de la Ley 29/1988, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa), aunque habrá casos en que no sea posible el cumplimiento (potestades públicas indisponibles) o la devolución de prestaciones (deberes legales del sujeto privado). Matiza, no obstante, este autor el caso en que resulte del convenio una ilegalidad o se detecte *a posteriori* un incumplimiento del interés público, que pueden justificar el apartamiento de la Administración sin indemnización al particular, así como la actuación de la Administración ajena al principio de buena fe, que dará lugar a indemnización. Serán indemnizables los daños efectivos, pero no la mera expectativa de aprovechamiento urbanístico, ni las prestaciones constitutivas de meros deberes legales gratuitos por imperio de la Ley.

⁹¹ SENDÍN GARCÍA, M. A., *op. cit.*, págs. 216 y ss.

⁹² RJ 2001/8381.

La STS de 26 de octubre de 2001 (RJ 2001/8381) proclama la posibilidad de que las partes pacten la constitución de aval y su ejecución por la Administración, sin más trámite que el requerimiento al sujeto privado del cumplimiento de la obligación correspondiente.

⁹³ Con el fin de evitar el enriquecimiento injusto de cualquiera de las partes, como sostiene ARIAS MARTÍNEZ, M. A., *op. cit.*, pág. 275.

plazo máximo de un mes desde la aprobación de la liquidación, que, de no hacerse efectivo en ese plazo, originará el deber de abonar a las partes, en un mes desde ese momento, el interés de demora correspondiente (el resultante de las disposiciones de carácter general reguladoras del gasto público y de la actividad económico-financiera del sector público). Si fuera superior, el resto de partes, en el plazo de un mes desde la aprobación de la liquidación, deberá abonar a la parte que haya realizado la ejecución la diferencia correspondiente, hasta el límite máximo comprometido por cada una de ellas, sin que exista el derecho de exigir por cualquiera de las partes cuantía que supere el susodicho límite a otra de ellas⁹⁴.

Apreciamos que, en determinados casos (p. ej., ciertos convenios urbanísticos de gestión) podría darse esta fase de liquidación en un convenio urbanístico, por lo que debería establecerse el régimen jurídico de la liquidación en el texto del convenio (representación de las partes, convocatorias, plazos, valoración económica, régimen de mayorías, recursos, ejecución en supuestos de incumplimiento, etc.).

Introduce, por último, la LRJSP (art. 52.3) la posibilidad de prorrogar el plazo para la continuación y finalización de las actuaciones en curso que se consideren oportunas ante la concurrencia de una causa de resolución. A la sazón, las partes, a propuesta de la comisión de seguimiento, vigilancia y control del convenio o del responsable del mecanismo, en su caso, podrán acordar la continuación y finalización con el establecimiento de un plazo improrrogable para su terminación, transcurrido el cual habrá de realizarse la liquidación. En nuestra opinión, sería recomendable insertar en el texto del convenio urbanístico tal previsión con determinación del plazo (al menos, máximo) y una somera regulación del procedimiento correspondiente⁹⁵.

⁹⁴ Por esta razón, ARIAS MARTÍNEZ, M. A., *op. cit.*, pág. 275, propone que si la ejecución del convenio supone un coste final mayor 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.

⁹⁵ LUQUE REGUEIRO, F., *op. cit.*, pág. 1267, entiende, que ante lo normado en el art. 52 de la LRJSP respecto a la liquidación del convenio y la posible continuación de las actuaciones en curso de ejecución, debe prevalecer lo pactado por las partes, en aplicación y con los límites del art. 1255 del Código Civil.

V. BIBLIOGRAFÍA

ARREDONDO GUTIÉRREZ, J., *Los convenios urbanísticos*, Ed. Comares, Granada (2003)

BENSUSAN MARTÍN, M. P., “La nueva regulación de los convenios: la conversión en derecho positivo de una práctica administrativa”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 96, Ed. IAAP, Sevilla (2016)

CAMPOS ACUÑA, C. (Dir.), *Comentarios a la Ley 39/2015 de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid (2017)

CAMPOS ACUÑA, C. (Dir.), *Comentarios a la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid (2017)

CANO MURCIA, A., *Teoría y práctica del convenio urbanístico*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (2005)

ETXEZARRETA VILLALUENGA, J. C., “Los convenios urbanísticos”, en *Derecho urbanístico del País Vasco*, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid (2008)

GOZÁLBEZ PEQUEÑO, H. (Dir.), *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid (2016)

GRANADOS RODRÍGUEZ, J. F., “La dirección pública profesional y la creación de órganos directivos en las administraciones locales de régimen común”, *Revista Iberoamericana de Gobierno Local*, nº 5, Ed. CIGOB, Granada (2013)

GRANADOS RODRÍGUEZ, J. F., “La revisión de actos nulos mediante el ejercicio de la acción pública en materia de urbanismo: una herramienta más para combatir las ilegalidades urbanísticas”, *Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente*, nº 228, Ed. Montecorvo, Madrid (2006)

Guía Jurídica de Wolters Kluwer, Convenios urbanísticos, http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF-ljTAAAUmJQlNTtLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWm-JOcSoA6yZQ3TUAAAA=WKE

LAGO NÚÑEZ, G., *Los convenios urbanísticos de Andalucía* (2010), http://www.academia.edu/8618441/LOS_CONVENIOS_URBAN%C3%8DSTICOS_EN_ANDALUC%C3%8DA

MÚZQUIZ JIMÉNEZ I., “Los convenios administrativos en la Ley 40/2015 y su impacto sobre los convenios urbanísticos”, *Revista del sector inmobiliario Inmueble*, nº 171, Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid (2017)

OCHOA GÓMEZ, M. P., *Los convenios urbanísticos. Límites a la figura redentora del urbanismo*, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid (2006)

RECUERDA GIRELA, M. A. (Dir.), *Régimen jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor (2016)

SENDÍN GARCÍA, M. A., *Régimen jurídico de los convenios urbanísticos*, Ed. Comares, Granada (2008)

VV.AA., *Instituciones de procedimiento administrativo común. Novedades de la Ley 39/2015*, Ed. Juruá, Lisboa (2016)

ZURITA JIMÉNEZ, M., “Convenios urbanísticos en la LOU de Andalucía”, *Directivos Construcción*, nº 163 (enero 2004), Ed. Wolters Kluwer, Madrid (2004)

La Administración como responsable de infracciones contra la competencia cuando actúa como poder público

Carmen Martín Fernández

Investigadora en Área de Derecho Administrativo

Universidad de Córdoba

I. INTRODUCCIÓN. II. CASO DEL CÁRTEL DE LOS PRODUCTORES DE VINO DE JEREZ. 1. La resolución de la Comisión Nacional de la Competencia. 2. La sentencia de la Audiencia Nacional. 3. La sentencia del Tribunal Supremo. III. CASO DEL PUERTO DE BARCELONA. 1. La resolución de la Comisión Nacional de la Competencia. 2. La sentencia de la Audiencia Nacional. IV. EL DEBATE DOCTRINAL. V. LA ADMINISTRACIÓN Y SU INCIDENCIA EN EL MERCADO: COMO OPERADOR ECONÓMICO Y COMO PODER PÚBLICO. VI. LA ADMINISTRACIÓN Y LAS CONDUCTAS EXENTAS POR LEY. VII. LA LEGITIMACIÓN DE LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA PARA IMPUGNAR ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS CONTRARIAS A LA COMPETENCIA. VIII. LA RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES EN CONCEPTO DE "FACILITADOR" DE INFRACCIONES CONTRA LA COMPETENCIA. 1. La formación del concepto de facilitador en la jurisprudencia europea. 2. Posibles objeciones a la recepción de la responsabilidad por facilitar infracciones contra la competencia en el Derecho español. 3. La aplicación del concepto de facilitador a la Administración. IX. CONCLUSIONES. X. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Ya no es novedoso que las autoridades de defensa de la competencia puedan sancionar a las personas públicas, incluso a las Administraciones, por infracciones contra la competencia. Pero hasta ahora eso sólo se aceptaba en tanto que las Administraciones o sus entes institucionales actuaran como empresas. Hace algunos años la Comisión Nacional de la Competencia decidió que también cabía sancionar a las Administraciones cuando, actuando como poderes públicos, restringen la competencia. Lo hizo, además, considerando que la Administración actuaba como "facilitador" de la infracción, figura en sí misma cuestionable. Ahora los Tribunales han

aceptado aquella construcción. En este trabajo se da cuenta de aquellas resoluciones y de estas sentencias, del debate que han suscitado y de sus pros y contras.

PALABRAS CLAVE

Administración pública, defensa de la competencia, sanciones administrativas, responsables de las infracciones.

ABSTRACT

It is no longer new that the competition authorities can sanction public persons, including the Administrations, for infractions against competition. But up to now, that was only accepted as long as the Administrations acted as company. Some years ago, the National Competition Commission decided that it was also possible to punish the Administrations when, acting as public authorities, their actions restrict competition. He did it, also, considering that the Administration acted as "facilitator" of the infraction, figure in itself questionable. Now, the Courts have accepted that construction. In this paper, these resolutions and judgments and the debate generated by them are analysed together with the pros and cons of their ideas.

KEYWORDS

Public Administration, defence of competition, administrative sanctions, responsible for infractions.

I. INTRODUCCIÓN

Numerosos colegios profesionales y consejos reguladores de las denominaciones de origen han sido declarados infractores de las normas de defensa de la competencia porque, a pesar de ser entidades públicas que tienen ciertas potestades de regulación del sector en que actúan, agrupan en su seno a sujetos privados que actúan en el mercado persiguiendo sus propios intereses, y en algunas ocasiones, intervienen en acuerdos anticompetitivos, normalmente, de fijación de precios y condiciones comerciales, de limitación de la producción o de reparto del mercado. En estos casos, la conducta llevada a cabo por las mencionadas corporaciones de Derecho Público es idéntica a la conducta de los operadores económicos privados, por lo que no existe ningún impedimento para que también sean sancionadas por la CNC.

Sin embargo, de un tiempo a esta parte, la autoridad de la competencia española parece haber ido aún más allá al poner de manifiesto que es la propia Administración Pública, y no sólo las corporaciones o entidades de Derecho Público no territoriales, la que puede ser sujeto infractor de la normativa de competencia, incluso cuando sin desarrollar una actividad económica realiza, al margen de toda habilitación normativa, actuaciones que amparan o refuerzan los efectos restrictivos

de conductas realizadas por los operadores económicos. Tal ha sido el caso de la Junta de Andalucía, sancionada por la resolución de la CNC de 6 de octubre de 2011, y el de la autoridad portuaria de Barcelona, sancionada por la CNC en su resolución de 10 de enero de 2013, ambas por facilitar infracciones administrativas de competencia. En ninguno de los casos la Administración Pública actuaba como operador económico en el mercado de referencia, pero ello no ha obstado para que la autoridad de la competencia las haya sancionado por participar en las prácticas anticompetitivas de otros, pues sin su actuación, auxiliar pero esencial para los objetivos del cártel, las infracciones no se habrían cometido, o al menos, no tan fácilmente.

A pesar de esta tendencia en las resoluciones de la CNC, actual CNMC, la cuestión no está exenta de polémica, por lo que surgen opiniones discrepantes en la doctrina y también en el ámbito judicial, donde la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo fallan en sentidos diferentes cuando se enfrentan por primera vez al mencionado cambio de criterio. Se trata ahora de analizar los casos mencionados para, acto seguido, poner de manifiesto las principales líneas doctrinales enfrentadas, así como las cuestiones teóricas implicadas en el asunto.

II EL CASO DEL CÁRTEL DE LOS PRODUCTORES DE VINO DE JEREZ Y DE LA CONSEJERÍA DE AGRICULTURA Y PESCA

1. La resolución de la Comisión Nacional de la Competencia

La Comisión Nacional de la Competencia (CNC) mediante resolución de 6 de octubre de 2011, declaró a la Consejería de Agricultura y Pesca (en adelante, CAP) de la Junta de Andalucía, junto con otros operadores económicos (asociaciones de empresarios y agricultores, Consejo Regulador de la Denominación de Origen), responsables de infringir normas de Derecho de la competencia, concretamente el art. 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC) y el art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), por llevar a cabo acuerdos de fijación de precios de la uva y el mosto.

Ello porque la CAP había firmado el “Plan Estratégico para el Marco de Jerez” y había presidido la Comisión de Seguimiento creada a tal efecto; en suma, porque había participado en un acuerdo de fijación de precios, conducta anticompetitiva expresamente prohibida por los artículos anteriormente mencionados. La CNC declaró responsable de la infracción a la CAP con tres argumentos:

- a) Sobre el sometimiento de las Administraciones Públicas al Derecho de la Competencia: la CNC sostuvo que la Administración Pública se encuentra su-

jeta en su actuación a la normativa de Derecho de la competencia, incluso cuando ejerce funciones públicas. Para ello se basó en algunas sentencias del Tribunal Supremo, en las que se declaraba, *obiter dicta*, que ni siquiera el ejercicio de funciones públicas exime a la Administración de su sometimiento a la LDC¹. Y, acto seguido, puntualizó que las potestades públicas que ostenta la CAP para la ordenación del sector agrario, ganadero y agroalimentario no la habilitan para realizar cualquier tipo de actuación, sino que, conforme al mandato constitucional, toda Administración debe actuar respetando la Ley y el Derecho, lo cual incluye la normativa de competencia. Según la CNC, en el presente caso lo que ocurrió es que la CAP, al supuesto amparo de una potestad pública, realizó una conducta claramente anticompetitiva. En definitiva, destacó que lo más relevante de dicha jurisprudencia es que el TS acepta que el ejercicio inadecuado de prerrogativas públicas puede ser sancionado por la CNC. Aunque la CNC no es competente para revisar actos administrativos, sí que ostenta competencia para sancionar las conductas anticompetitivas realizadas por cualquier sujeto, incluida la Administración Pública. Todo ello sin perjuicio de que, por otra parte, quepa impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa el mismo acto o actuación administrativa por el que la Administración es sancionada y de que esa jurisdicción la anule.

b) Sobre la forma de participación de la CAP en la infracción: la CNC sostuvo que la CAP había desempeñado una conducta propia de la figura del “facilitador” de infracciones (figura ya acogida alguna vez por la jurisprudencia de la Unión Europea), pues no sólo había firmado el mencionado Plan y presidido la Comisión de Seguimiento, sino que también había velado por la adecuada ejecución del acuerdo de fijación de precios, llegando a proponer su revisión. En suma, su actuación tuvo entidad propia y resultó decisiva para la consecución del objetivo común compartido por los operadores del mercado que participaron junto a ella en el acuerdo anticompetitivo.

c) Sobre la innecesariedad de intervenir como operador económico en el mercado: la CNC se planteó la cuestión de si la condición de operador económico es imprescindible para que la Administración pueda ser declarada infractora de la LDC, y llegó a la conclusión de que no lo es, pues, en cualquier caso, lo

¹ Buena muestra de ello es la STS de 4 de noviembre de 2008, recurso de casación 5837/2005, en la que el Alto Tribunal declaró que “ni el ejercicio de funciones públicas exime a un Colegio Profesional -ni a la Administración Pública en general- de su sometimiento a la legislación de defensa de la competencia, ni la habilitación legal con que necesariamente actúan las Administraciones Públicas o las entidades que ejerzan funciones públicas implica, por su sola existencia, la aplicación del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia” (actual art. 4 LDC).

relevante no es la naturaleza jurídica del sujeto, sino la virtualidad de su conducta para producir efectos anticompetitivos en el mercado.

Con esos tres argumentos la CNC concluyó que la conducta de la CAP podía subsumirse en el art. 1 LDC y en el art. 101 TFUE, por lo que resultaba plenamente responsable de la infracción. Sin embargo, sin cambiar un ápice nada de lo anterior, finalmente optó por no sancionar a la CAP porque su resolución suponía un cambio de criterio respecto a anteriores expedientes en los que, en situaciones similares o hasta idénticas, no se había considerado que la Administración fuese responsable de infracciones contra la competencia. En definitiva, se declara a la CAP responsable de la infracción, pero no se le impone sanción por lo novedoso de la interpretación acogida².

Frente a la resolución adoptada por la mayoría, la consejera María Jesús González López formuló un voto particular. Partiendo de que sólo pueden cometer infracciones contra la competencia los operadores económicos y de que las Administraciones sólo pueden cometerlas cuando actúan como tales, sostuvo que la extralimitación de una Administración Pública en el ejercicio de sus prerrogativas no conlleva su consideración como operador económico; y que, por ende, tampoco puede conllevar su declaración de responsabilidad por la CNC. Por el contrario, corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, en virtud del antiguo art. 12.3 LDC y del actual art. 5.4 de la Ley 3/2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), controlar la legalidad de su actuación³.

2. La sentencia de la Audiencia Nacional

La Junta de Andalucía interpuso recurso contra la resolución de la CNC de 6 de octubre de 2011, que fue estimado por la SAN de 16 de julio de 2013, recurso contencioso-administrativo nº 626/2011. En esta sentencia, la Audiencia Nacional declaró que la CAP no podía ser considerada responsable de la infracción ni sancionada por la CNC porque no intervino como operador económico, sino en el ejercicio

² Posteriormente, la CNMC ha seguido actuando de la misma forma. En la Resolución de 27 de septiembre de 2013 (expte. VS/0134/10, *Puerto de Valencia*) también ha declarado la responsabilidad de una Administración pública, concretamente de la Consellería de Infraestructuras y Transportes de la Generalitat Valenciana por facilitar y fomentar las prácticas colusorias de diversos operadores del Puerto de Valencia, pero ha resuelto no sancionarla. *Apud* ORTEGA BERNARDO, Julia, “¿Se puede sancionar a la Administración en el ámbito de la Defensa de la Competencia?”, *Almacén de Derecho*, 31 de enero de 2017, recuperado de <http://almacendederecho.org/>

³ De igual modo, la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía consideró que, a pesar de lo reprochable de la conducta de la CAP, la misma no podía calificarse de económica, por lo que no podía ser sancionada por la CNC por incumplimiento del art. 101 TFUE, precepto dirigido únicamente a las empresas.

de potestades públicas, cuya extralimitación no puede conllevar que la Administración pase a ser un potencial sujeto infractor de la normativa de competencia. La SAN consideró que “para que una conducta objetivamente reprochable pueda ser sancionada por la autoridad de defensa de la competencia es necesario que el sujeto infractor esté incluido en el ámbito subjetivo de aplicación de las normas de defensa de la competencia”, lo que no sería el caso.

La SAN hizo referencia a jurisprudencia europea, conforme a la que «empresa» es cualquier entidad que ejerce una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y modo de financiación; entendiéndose por «actividad económica» cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado. Por lo tanto, se deduce que incluso el propio Estado o un organismo estatal pueden actuar como empresa. Pero no tienen carácter económico las actividades que se vinculan al ejercicio de prerrogativas de poder público, por lo que un sujeto de Derecho, y especialmente un organismo público, puede considerarse empresa sólo en relación a una parte de sus actividades, cuando estas puedan considerarse económicas, pero no cuando se trata de ejercicio de potestades públicas⁴. Todo ello no supone que la conducta de la CAP no sea ilícita, sino únicamente que el cauce de actuación no había sido el adecuado, pues la CNC resulta incompetente, correspondiendo juzgar esa actuación de la Administración a la jurisdicción contencioso-administrativa *ex art. 12.3 LDC* y actual *art. 5.4 LCNMC*. Por este motivo, la SAN de 16 de julio de 2013 anuló la resolución de la CNC en lo relativo a la responsabilidad sancionadora de la CAP.

⁴ STJUE de 12 de julio de 2012 (caso *Compass-Datenbank*): sentencia dictada en respuesta a una solicitud de decisión prejudicial que tenía por objeto la interpretación del art. 102 TFUE, en el marco de un litigio entre la República de Austria y Compass-Datenbank, una sociedad austriaca de responsabilidad limitada que explotaba una base de datos económicos con el fin de prestar servicios de información, para lo que necesitaba acceso a una versión actualizada de los asientos del Firmenbuch (Registro Mercantil). Lo que nos interesa en este supuesto es que el TJUE afirmó que, si la protección *sui generis* de la que goza la autoridad pública como creadora de una base de datos, constituye una actividad económica, dicha autoridad pública, en el ejercicio de esa actividad, debe considerarse una empresa a efectos del art. 102 TFUE. Y esto se debe a que la jurisprudencia europea sobre Derecho de la competencia considera que “empresa” es cualquier entidad que ejerce una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y modo de financiación; entendiéndose por “actividad económica” cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado. Por lo tanto, se deduce que incluso la propia Administración o un organismo público puede actuar como empresa. Pero no tienen carácter económico las actividades que se vinculan al ejercicio de prerrogativas de poder público, por lo que las personas jurídicas públicas pueden considerarse empresas sólo en relación a una parte de sus actividades, las que pueden considerarse actividades económicas.

3. La sentencia del Tribunal Supremo

La Administración del Estado interpuso recurso contra esta SAN con un único motivo de casación: aunque la CAP de la Junta de Andalucía no interviniera como operador económico, participó activamente en el acuerdo de fijación de precios, por lo que, conforme al principio de legalidad de la actuación administrativa, debía de poder ser controlada, y eventualmente sancionada, por la CNC; además, decía, al tratarse de una actividad material y no de disposiciones generales o actos administrativos, no podía llevarse a cabo el control por la jurisdicción contencioso-administrativa.

La STS de 18 de julio de 2016 (recurso de casación nº 2946/2013), estimó dicho motivo pues consideró que del art. 1 LDC no se deduce que las entidades jurídico-públicas no puedan ser posibles sujetos infractores, sino más bien al contrario, pues el art. 61 de la misma ley alude tanto a personas físicas como jurídicas, sin excluir a las públicas. En definitiva, el Alto Tribunal consideró, al igual que la CNC, que lo relevante para la sujeción a la normativa de la competencia no es la condición jurídica del sujeto, sino la virtualidad de su conducta para ejercer influencia en el mercado y perjudicar la libertad de competencia.

Además, en relación con la Administración Pública y la exclusión contemplada en el art. 4 LDC, puntualizó que no basta con actuar “invocando el ejercicio de una competencia legalmente atribuida”, sino que debe operar efectivamente la cláusula de exclusión, por lo que debe existir una ley que autorice, e incluso obligue, a la Administración a actuar en sentido anticompetitivo, en favor de otros valores del ordenamiento jurídico.

Como consecuencia, la Sala declaró ajustada a Derecho la resolución de la CNC y, por tanto, confirmó que la CAP era responsable de la infracción por el cartel de los vinos de Jerez.

III. EL CASO DEL PUERTO DE BARCELONA

1. Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia

La CNC, en su resolución de 10 de enero de 2013 (expediente sancionador S/0293/10 TRANSCONT), declaró responsable a la Autoridad Portuaria de Barcelona (en adelante, APB), junto con otros operadores económicos privados (ALTC y CONTRAPORT, antes TRANSCONT), por infringir el art. 1 LDC y el art. 101 TFUE al llevar a cabo acuerdos restrictivos de la competencia.

Todo comenzó cuando, el 10 de agosto de 2010, la CNC recibió un escrito de la misma APB, según el cual dos asociaciones de transportistas (TRANSCONT y

ALTC) estaban realizando una serie de prácticas contrarias a la libre competencia para boicotear los depósitos de contenedores de TYMSA y SETEMAR, que consistían básicamente en la remisión de correos electrónicos a distintos consignatarios y operadores portuarios para indicarles con quién contratar o no el transporte terrestre en el Puerto de Barcelona. Ante ello, la Dirección de Investigación llevó a cabo investigaciones para comprobar si realmente se estaban produciendo prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 LDC y por el artículo 101 TFUE. A consecuencia de las mismas, la Dirección de Investigación formuló un pliego de concreción de hechos en el que consideró probados los siguientes:

- La creación de “observatorios de costes” para el establecimiento de las tarifas que debían aplicar los transportistas autónomos a las empresas de transporte y éstas a sus clientes.
- El establecimiento de los precios anuales de los servicios a prestar, de sus actualizaciones según IPC, del momento en el que aplicar las actualizaciones, así como de otros aspectos. En este sentido, la participación de la APB consistía en la elaboración los documentos base para calcular el coste del transporte.
- Establecimiento de los rappels o descuentos a aplicar sobre las tarifas.
- Establecimientos de periodos máximos de pago entre las empresas de transporte y los autónomos.
- La existencia de conversaciones dirigidas a repartir la carga de trabajo entre los autónomos.
- La existencia de comunicaciones entre los “observatorios de costes” y las asociaciones de clientes finales para la aplicación de las tarifas establecidas.

Se acreditaba así la existencia de un acuerdo de fijación de precios y condiciones comerciales (plazos y formas de pago), de limitación o control de la producción y de reparto de mercado en el transporte por carretera de contenedores con origen y/o destino en el Puerto de Barcelona, entre enero de 2006 y marzo de 2011.

Para sancionar dicha conducta, la CNC consideró de aplicación el art.1 LDC (aunque los hechos comenzaron en 2006, se aplicó únicamente la Ley 15/2007 y no la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, por ser la segunda en el tiempo más beneficiosa para las entidades imputadas) y el art. 101 TFUE, puesto que ambos preceptos prohíben los acuerdos y las prácticas concertadas que puedan tener por objeto

o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado nacional o comunitario.

En su defensa, los imputados invocaron, junto con otros argumentos que nos interesan aquí menos, el principio de confianza legítima. En concreto alegaron que únicamente habían asistido a reuniones por orden e indicación de la autoridad portuaria de Barcelona y dentro sus foros u organismos y, a veces, incluso también de la *Generalitat de Catalunya*. Por el contrario, la APB asumió su responsabilidad y calificó de “error” en sus alegaciones el haber participado en la elaboración de los costes y en las reuniones en las que se trataban temas contrarios a la competencia, pero justificó su actuación por la importancia de evitar la conflictividad en el Puerto de Barcelona. Además, manifestó que, a la par de su errónea actuación, también llevó a cabo actuaciones que revelaban un distanciamiento público de las conductas anticompetitivas de ALTC y TRANSCONT (fue quien puso en conocimiento de la CNC la realización de prácticas anticompetitivas por ambas asociaciones de transportistas), por lo que solicitó su exculpación. Finalmente, para dejar clara la imposibilidad de su imputación, recordó que, dado su carácter de Administración Pública, no competía en el mercado de referencia ni obtenía beneficios económicos de la realización de conductas colusorias en el mismo. Es esta última alegación la más relevante a nuestros efectos.

Como respuesta a las anteriores alegaciones, la CNC concluyó que la actividad llevada a cabo por los operadores privados se había venido desarrollado bajo las directrices marcadas por el cartel operativo en el Puerto de Barcelona, lo que suponía una conducta prohibida por los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE que debía ser sancionada, sin posibilidad de amparo en el principio de confianza legítima por tratarse de un sector plenamente liberalizado.

Respecto a la APB, la resolución de la CNC afirmó que su aparición “en la escena de acuerdos entre empresas en el momento en el que estaban siendo perseguidos por la autoridad de competencia, pudo fácilmente contribuir a una menor efectividad de su actuación sancionadora, dando además ocasión a interpretaciones oportunistas como las alegadas por los imputados, de ser acuerdos amparados por la Administración Pública”. Consecuentemente, la autoridad de la competencia declaró a la APB facilitadora de la infracción cometida por los operadores privados, en la medida en que les permitió utilizar a un organismo público como coartada y revestir de lícito un acuerdo que de sobra sabían era anticompetitivo.

Por todo lo anterior, la CNC sancionó a CONTRAPORT (sucesora de TRANSCONT) y ALTC por infringir el art. 1 LDC y el art. 101 TFUE y a la APB por facilitar dicha infracción. En concreto, a ésta impuso multa de 100.000 euros. Poca cuantía en comparación con la que sufrieron otros responsables de la misma

infracción (por ejemplo, a ALTC se le impuso multa algo superior a quince millones de euros). Pero, aun así, en este caso, la Administración no se libró de la multa, como sí sucedió con la CAP de la Junta de Andalucía. Y ello pese a que, cuando se cometieron las infracciones en el Puerto de Barcelona, la doctrina que permitía declarar la responsabilidad sancionadora de las Administraciones por actuar como poder público en contra de la competencia era casi tan desconocida e inaplicada como cuando la CAP auspició el cartel de los vinos de Jerez. Con independencia de si esa diferencia de trato estaba o no justificada, se pone de manifiesto que las autoridades de defensa de la competencia se proponen ya, no sólo declarar una responsabilidad teórica de las Administraciones cuando actúan como poder público, sino sancionarlás efectivamente.

2. Sentencia de la Audiencia Nacional

Contra tal resolución, la APB interpuso recurso contencioso-administrativo aduciendo el mismo motivo que el alegado ante la CNC: que su conducta no podía calificarse de anticompetitiva porque no competía en el mercado de referencia ni obtenía beneficios económicos de la realización de conductas colusorias en ese mercado. Tras ello solicitó su exculpación por no ser susceptible de sanción al haber actuado en el ejercicio de funciones públicas. En apoyo de su defensa sostuvo que, como autoridad administrativa, no podía ser responsable de una infracción de competencia porque tal y como define la Disposición Adicional Cuarta de la LDC, “cártel es todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones”. Invocó también el art. 4 LDC, por haber realizado sus conductas al amparo de una Ley (la Ley 33/2010, de modificación de la Ley 48/2003, de régimen económico de prestación de servicios en los puertos de interés general y de la regulación del Real Decreto Legislativo 2/2011, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante) que le atribuye potestades de gestión y ordenación del sector.

En la resolución de dicho recurso, la SAN de 6 de febrero de 2017, recurso contencioso-administrativo nº 51/2013, consideró que la APB admitió su participación y conocimiento de los acuerdos colusorios al calificar de error el haber participado en la elaboración de los costes y en reuniones en las que se trataban temas contrarios a la Defensa de la Competencia. Ello, junto con la existencia de varios documentos obrantes en el expediente administrativo, permitieron concluir que la recurrente sí participó en reuniones en las que se adoptaron acuerdos sobre la fijación de precios.

Sin embargo, a juicio de la Audiencia Nacional, lo verdaderamente dudoso y que procedía resolver era si la CNC podía declarar responsable a un órgano de

una Administración Pública, como es la APB, por participar en un cártel cuando no ha actuado como operador económico sino en el ejercicio de funciones públicas. En definitiva, se trataba de determinar si la participación de la Administración en un acuerdo anticompetitivo como facilitadora, al margen de las prerrogativas que le otorga el ordenamiento jurídico y sin amparo legal *ex art.* 4 LDC, constituye una conducta que cae bajo el ámbito del art. 1 LDC. Es decir, se trataba de resolver la misma cuestión que se planteó a propósito del caso del cártel de los productores de vino de Jerez. Por ello, a pesar de su pronunciamiento anterior en otra dirección, en esta ocasión la Audiencia Nacional se remitió a la STS de 18 de julio de 2016 (caso del cartel de los productores de vino de Jerez), y, en consecuencia, falló la desestimación del recurso interpuesto por la Autoridad Portuaria de Barcelona y confirmó la sanción que le había impuesto la resolución de la CNC de 10 de enero de 2013.

No obstante, cuenta la sentencia con un voto particular del Magistrado Ilmo. Sr. D. Santiago Soldevila Frago que pone de nuevo de manifiesto la polémica existente. El Magistrado discrepante apoyó su postura en varios motivos: el Derecho europeo de la competencia tiene por objeto las actividades de las empresas; el TJUE ha declarado reiteradamente que debe calificarse como “empresa” cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de la naturaleza jurídica de dicha entidad y de su modo de financiación; constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado; y, conforme a la jurisprudencia del TJUE, las actividades vinculadas al ejercicio de prerrogativas de poder público no tienen carácter económico. Recordó el voto particular que esta doctrina, contraria a sancionar a una Administración Pública por excederse en el ejercicio de sus potestades, fue impulsada por la Comisión Europea desde un inicio. A su parecer, “un buen ejemplo de ello lo constituye la Decisión de 2 de abril de 2003 (Asunto COMP/C.38.279/ F3 -Carne de vacuno francesas-). En la crisis de las vacas locas, el Ministro francés de Agricultura tuvo una destacada actuación de mediación y concertación entre los agentes económicos afectados. Tal y como se indica en el apartado 151 de dicha resolución, existen manifestaciones explícitas de su implicación en el acuerdo declarado anticompetitivo que firmaron los implicados. A pesar de ello, la Comisión no se dirigió contra del Estado francés, pues el acuerdo anticompetitivo se había suscrito entre partes privadas, limitándose el ministro a convocar las reuniones y fomentar el acuerdo. La razón de esta no imputación al ministro, según puede deducirse de la jurisprudencia citada, radica en el hecho de que la autoridad pública actuó en ese caso en el ejercicio de sus funciones propias de soberanía”. De otra parte, añade este documentado, lúcido y sugerente voto particular, que incluso aunque se aceptara la posibilidad de sancionar a los “facilitadores” de infracciones de defensa de la competencia, eso sólo podrá aplicarse a empresas, no a Administraciones. Por todo eso, en suma, según el Magistrado

disidente, aunque la APB participó en los acuerdos de fijación de precios llevados a cabo por los operadores económicos privados, lo hizo en calidad de Administración Pública reguladora del sector, por lo que su conducta, aunque ilícita, no puede ser sancionada conforme al art. 1 LDC: la APB “se extralimitó” pero “no puede ser sujeto de una infracción de Derecho de la competencia”.

Desconocemos si la APB ha recurrido en casación. Sí sabemos que lo hicieron tanto ALTC como CONTRAPORT, recursos ambos inadmitidos por falta de interés casacional objetivo (AATS de 10 de abril y de 18 de octubre de 2017, casaciones 227 y 3701/2017; JUR 2017/90480 y 258104). Si efectivamente la APB ha interpuesto casación hay motivos sobrados para su admisión pues no parece haber duda del interés casacional. Pero, por ahora, a la espera de la eventual sentencia del TS, hemos de conformarnos con los pronunciamientos de los que hemos dado cuenta.

IV. EL DEBATE DOCTRINAL

Ya hemos visto cuán controvertida está resultando la solución de la cuestión abordada: frente a la postura de la CNC, la de la AN; y frente a la de ésta, la del TS. Ello, eventualmente, con rectificaciones y con votos particulares. Sólo falta que intervenga el TC, lo que no sería imposible porque al menos en parte puede estar en cuestión el respeto al art. 25 CE. Lo cierto y lo que ahora conviene añadir es que paralelamente a ese diálogo entre autoridades de defensa de la competencia y tribunales se ha desarrollado un interesante debate doctrinal.

Por una parte, COSTAS COMESAÑA y HORTALÀ I VALLVÉ defienden que las autoridades administrativas de defensa de la competencia sí que son competentes para “investigar (*y sancionar*) los efectos restrictivos de la competencia de una actuación de hecho de la Administración”⁵ porque lo relevante para aplicar o no la normativa de competencia no es la condición jurídica del sujeto, sino los posibles efectos de su conducta en el mercado. En suma, su posición coincide con la mantenida por la CNC en las dos resoluciones antes expuestas, con la del TS y con la finalmente acogida, quizá a regañadientes, por la AN.

Por otra parte, MARCOS FERNÁNDEZ asume la tesis defendida en el voto particular de la consejera María Jesús González López y con la inicial de la AN, que sigue mantenido su Magistrado Soldevila. Ello por considerar que las autoridades de defensa de la competencia no pueden declarar una eventual infracción de la normativa de defensa de la competencia por parte de la Administración cuando ésta actúa como poder público. Eso es propio de la jurisdicción contencioso-administrativa: no

⁵ COSTAS COMESAÑA, Julio y HORTALÀ I VALLVÉ, Joaquim, “La tipificación de la actividad de la Administración como facilitadora de cárteles”, *Anuario de la competencia*, n° 1, 2013, pp. 13 y 19.

es que a ésta corresponda sancionar a la Administración por su conducta contraria a la competencia, pero sí declarar que su conducta no es conforme a Derecho y, en su caso, anularla. Como consecuencia, afirma que lo que podría hacer la CNC (o, ahora, la CNMC) es impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa los actos y disposiciones generales de las Administraciones Públicas de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados, impugnación posible por la legitimación que confería antes el art. 12.3 LDC y que otorga ahora el art. 5.4 LCNMC⁶.

Completaremos los argumentos de una y otra corriente al abordar ahora los puntos o aspectos más destacables en que se puede descomponer el problema.

V. LA ADMINISTRACIÓN Y SU INCIDENCIA EN EL MERCADO: COMO OPERADOR ECONÓMICO Y COMO PODER PÚBLICO

A efectos de la legislación de defensa de la competencia lo tradicional es distinguir según la Administración actúe como un operador económico o en ejercicio de prerrogativas públicas. Tal vez, la clasificación sea excesivamente simplista; acaso en esa simplificación esté el germen de muchas dificultades; quizá es difícil encuadrar en esos dos géneros todas las situaciones. Por ejemplo, no es fácil adscribir sin matices a uno de esos dos grupos la actividad administrativa de servicio público o la que afronta cuando demanda para ella en el mercado bienes y servicios⁷. Pero, como de-

⁶ MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco, “El ámbito de aplicación subjetivo de la LDC y la conducta de la Junta de Andalucía en el cártel de la uva y del mosto de Jerez: Comentario a la RCNC de 6 de octubre de 2011, Exp. S/0167/09”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º 11, 2012, p. 26.

⁷ En estos casos se duda sobre la aplicación de la legislación de defensa de la competencia a la Administración Pública. Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria, siguiendo la tendencia liberalizadora que viene caracterizando a la Unión Europea, busca someter a la normativa de competencia cualquier oferta o demanda de bienes o servicios en el mercado. Independientemente de quién provenga. Como consecuencia, ha ocurrido que organismos prestadores de servicios públicos han sido sancionados por autoridades de competencia europeas y españolas por realizar conductas anticompetitivas mientras se aprovisionaban de los productos necesarios para realizar su actividad prestacional. Las autoridades sancionadoras interpretaron que los organismos públicos, en sus relaciones con los beneficiarios de los servicios públicos que prestaban, quedaban excluidos del sometimiento a la legislación antitrust, pero no cuando actuaban en el mercado como cualquier otro operador económico, aprovisionándose de bienes o servicios para desempeñar su actividad. Sin embargo, ni toda la jurisprudencia ni la totalidad de la doctrina comparten este razonamiento. Buena parte de la jurisprudencia y doctrina considera que el carácter solidario del uso del producto adquirido se extiende a la actividad previa de aprovisionamiento, por lo que tampoco en esa fase los organismos públicos se encuentran sometidos a la legislación de defensa de la competencia. A este respecto, vid. MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco, ¿Pueden las administraciones públicas infringir la ley de defensa de la competencia cuando adquieren bienes o contratan servicios en el mercado?, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 29, 2009, pp. 840-865.

cimos, esa distinción bipartita es la habitual y la que late en las posturas enfrentadas que hemos ido viendo. Atengámonos, pues, a ella.

Cuando la Administración realiza una pura actividad empresarial en virtud de la iniciativa económica que ampliamente permite el art. 128 de la CE⁸ actúa como un operador económico más y se encuentra sometida a las mismas reglas de actuación que el resto de operadores privados; muy especialmente se encuentra sometida a la legislación de defensa de la competencia. Da igual que lo haga directamente una Administración territorial o que lo haga a través de alguno de sus entes instrumentales y, por supuesto, es irrelevante que estos tengan personalidad de Derecho público (los clásicos organismos autónomos o las entidades públicas empresariales o cualquiera de sus formas) o de Derecho privado (sociedades mercantiles de propiedad pública o fundaciones en mano pública). El Derecho de la competencia europeo y español ha adoptado un concepto amplio de empresa, entendiendo como tal “cualquier agente que realice una actividad económica en el mercado, con independencia de su forma legal o de su naturaleza pública o privada”⁹. Y en ese concepto amplio entran sin problemas todos los entes del sector público. En este punto no hay controversia y lo admiten por igual los valedores de las dos tesis expuestas¹⁰. Corolario de todo ello es que las autoridades de defensa de la competencia pueden sancionar a las Administraciones conforme a la LDC o a las previsiones del Derecho de la Unión Europea: aquí nunca se han planteado dudas sobre la posible responsabilidad sancionadora de las Administraciones, como sí se han planteado en otros sectores¹¹, y, siendo así, cuando actúa como operador económico y realiza infracciones contra la competencia (pactos colusorios, abuso de posición dominante o actos de competencia desleal que falsean la libre competencia, conforme a los arts. 1 a 3 LCD) puede ser sancionada.

Por el contrario, cuando la Administración actúa en ejercicio de prerrogativas públicas -en ejercicio de su *ius imperii*, de funciones públicas, como poder público, según las expresiones que suelen emplearse- ya no es un operador económico ni es

⁸ MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco, “Título I. De la defensa de la competencia”, *Comentario a la ley de defensa de la competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, coordinada por MASSAGUER FUENTES, Josep, 4ª Edición, Civitas, 2015, Madrid, p. 365.

⁹ ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, Tomás y MOSCOSO DEL PRADO GONZÁLEZ, Luis, “Desarrollo reciente de la aplicación de las normas de defensa de la competencia a las Administraciones Públicas”, *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*, nº 32, 2012, p. 86.

¹⁰ COSTAS COMESAÑA, Julio, “La sujeción de la actividad de la Administración al Derecho de la competencia”, *Estudios de derecho mercantil: Libro homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade*, coordinada por TOBÍO RIBAS, Ana María, Marcial Pons, 2013, Madrid, p. 372; y MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco (2015): 365.

¹¹ Vid. VERA JURADO, Diego, “Las sanciones entre Administraciones Públicas”, *Justicia Administrativa*, número extraordinario, 2001, pp. 53-74.

equiparable a un agente privado. Ya no realiza una actividad económica, ya no es empresa, ni siquiera acogiendo los conceptos amplios que de ello adopta el Derecho de la competencia. Y, como no realiza una actividad económica ni es empresa, no puede propiamente realizar las infracciones contra la competencia. Así, según el planteamiento tradicional, no puede ser responsable de tales infracciones, no por ningún privilegio personal ni nada similar, sino por una especie de imposibilidad de realizar las acciones tipificadas como infracciones de la competencia. No es responsable de esas infracciones sencillamente porque, al no ser ni actuar como empresa, no puede cometerlas.

Ahora bien, esa postura, que recoge lo que hasta ahora se aceptaba, no niega la posibilidad de que la Administración actuando como poder público realice actos restrictivos de la competencia. Actos que algunas veces pueden ser legales -en cuyo caso supondrán restricciones a la competencia queridas o admitidas resignadamente por el ordenamiento en favor de otros intereses generales prevalentes- pero que también podrían ser ilegales. Ilegales precisamente por restringir indebidamente la competencia, ya sea en favor de las empresas de la propia Administración ya sea en favor de terceros, esto es, de una o algunas empresas privadas. Porque, desde luego, como tiene declarado el Tribunal Supremo, incluso en el ejercicio de sus funciones públicas, la Administración está sometida a la LDC¹².

El problema surge respecto a esta última hipótesis, es decir, respecto a las actuaciones de la Administración como poder público ilegales por contrarias a la legislación de competencia ¿Cómo se combaten? Es aquí donde las resoluciones y sentencias analizadas dan un salto respecto a la situación anterior: hasta ahora había ciertos mecanismos para reaccionar frente a esos comportamientos administrativos contra la competencia, pero no posibilidad de sanciones, ciertos mecanismos que de inmediato recordaremos; ahora se admite también que las autoridades de defensa de la competencia sancionen a la Administración incluso cuando actúa como poder público si no respeta las reglas de la competencia y para ello introduce otras novedades asimismo cuestionables, como la figura del facilitador. Pero sigamos paso a paso.

VI. LA ADMINISTRACIÓN Y LAS CONDUCTAS EXENTAS POR LEY

Hace un momento hemos hablado de actuaciones administrativas restrictivas de la competencia legales e ilegales. De actuaciones legales e ilegales de la Administración cuando actúa como poder público. De actuaciones legales e ilegales desde la

¹² STS de 4 de noviembre de 2008, Sala III, Sección 1, recurso de casación 5837/2005.

perspectiva de la legislación de defensa de la competencia. Es esa distinción la que fundamentalmente refleja el art. 4 LDC bajo el rubro “Conductas exentas por ley”.

En virtud de su apartado 1, cualquier ley –no un reglamento– puede admitir conductas que, en principio, son contrarias a la propia LDC o, en general, a las reglas sobre la libre competencia. Ello salvo que sea contrario al Derecho europeo. Pero, prescindiendo de este matiz, que no importa para lo que aquí nos incumbe, el precepto significa que cualquier norma con rango de ley, sea estatal o autonómica, puede convertir en lícita una conducta en principio prohibida por la LDC. Naturalmente, si eso sucede, tampoco cabrá sancionar la conducta como si fuera una de las infracciones de la LDC. La conducta dejará de ser antijurídica y, por tanto, aunque siga siendo típica conforme a la LDC, no cabrá ni sancionarla ni acordar su cese ni ninguna otra medida contra ella ni contra su autor. Aunque este art. 4.1 LDC no nombra expresamente a la Administración, se proyecta sobre ella y su comportamiento. Porque en tanto que esas leyes otorguen potestades a la Administración que comporten la restricción de la competencia supondrán que las actuaciones administrativas fruto del ejercicio de esas potestades serán lícitas. Es enorme el campo que cubre este art. 4.1 LDC. Infinidad de reglamentos y actos administrativos restringen la competencia, pero lo hacen amparados por una ley y, en tal caso, nada cabe objetar a esos reglamentos y actos administrativos.

El art. 4.2 LDC ofrece la otra cara de la misma moneda, que es la que aquí nos importa. Cuando las Administraciones restrinjan la competencia, esto es, vulneren las reglas de la propia LDC, sin dicho amparo legal, la LDC debe aplicarse. Da igual que formalmente se presenten como ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas. Da igual que beneficien a la propia Administración o a sus empresas o que favorezcan a ciertas empresas privadas. Nada de eso importa. En cualquier caso, la actuación administrativa que haya propiciado esa restricción de la competencia será ilegal; e ilegal será igualmente el comportamiento de las empresas (privadas o públicas) que se basen en esa actuación administrativa.

Desde este punto de vista, los comportamientos de la CAP y de la APB encajan en el art. 4.2 LDC: auspiciaban dos cárteles sin contar con ningún amparo legal. Se trataba de actuaciones frontalmente contrarias a las normas de defensa de la competencia. Si acaso cabría decir que la CAP y la APB actuaban dentro del ámbito de sus competencias; pero entonces hay que añadir de inmediato que ejercían ilegalmente sus competencias. Acaso, cabría también decir que ejercían potestades atribuidas por el ordenamiento; pero de inmediato habría que añadir que ejercían esas potestades con flagrante ilegalidad. Así que, en cualquier caso, habían actuado ilegalmente. Pero con esa conclusión irrefutable no se resuelve el problema. Sólo queda planteado.

Porque, a partir de esa incontrovertida ilegalidad, las dudas que se abren son otras: ¿se podrá sancionar a las empresas privadas que han incurrido en violación de la LDC como si la Administración no hubiera intervenido?; y, sobre todo, que es lo que aquí importa, ¿cómo se combate la actuación administrativa ilegal? De nuevo, es respecto a esto último donde las resoluciones y sentencias analizadas introducen una novedad de bulto: consideran que los medios tradicionales de combatir ese comportamiento anticompetitivo de la Administración cuando actúa como poder público son insuficientes e ineficaces; y, como alternativa, construyen otra vía que consiste sin más en sancionar a la Administración; sancionarla aunque no es ni está actuando como empresa, aunque no está realizando actividad económica sino actuando como poder público; sancionarla aunque propiamente no ha realizado ni podido realizar la conducta típica sino que la ha facilitado. Pero, ¿cuáles son los otros remedios?, ¿son realmente ineficaces?

VII. LA LEGITIMACIÓN DE LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA PARA IMPUGNAR ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS CONTRARIAS A LA COMPETENCIA

Hasta la vigente LDC de 2007 no había ningún cauce *ad hoc* para atacar las acciones administrativas contrarias a la defensa de la competencia, aunque no cabe descartar que los generales previstos en la LJCA permitieran a los sujetos legitimados (destacadamente, los empresarios que se sintieran perjudicados) impugnar esas actuaciones: las vulneraciones de la LDC, como las de cualquier ley, son vulneraciones del ordenamiento jurídico y, como tales, determinan la invalidez (nulidad o anulabilidad) de los reglamentos y actos administrativos que los vulneren. La sentencia estimatoria podría reducirse a declarar la ilegalidad de la actuación administrativa, pero también podría anularla y ordenar todas las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de la legalidad (art. 71 LJCA). Incluso podrían eventualmente los sujetos privados legitimados utilizar el recurso contencioso-administrativo contra la vía de hecho (art. 30 LJCA) si la actuación administrativa contraria a la LDC adoptara esa forma, supuesto en el que la sentencia estimatoria, además de declarar la ilegalidad, podría ordenar el cese de la actuación administrativa, como se desprende del art. 32.2 LJCA. Pero lo que desde luego no había era ninguna posibilidad de que los órganos de defensa de la competencia impugnaran ante la jurisdicción contencioso-administrativa las actuaciones de la Administración que considerasen contrarias a la LDC: sencillamente no tenían legitimación para hacerlo porque no la tenían conforme a las reglas generales (evidentemente no tienen ningún derecho subjetivo ni un interés legítimo afectado) y porque no había ninguna regla especial que se la reconociera.

Justamente para solventar esa carencia, la LDC de 2007 incluyó esto en su art. 12.3:

“La Comisión Nacional de la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”.

En la actualidad hay que estar a lo dispuesto en el art. 5.4 LCNMC, que establece:

“En cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”.

Ante ello, cabría pensar que el problema que nos ha traído hasta aquí quedó zanjado: lo que habría procedido en los dos casos analizados sería que la CNC hubiese recurrido la actuación de la CAP y la de la APB conforme a aquel art. 12.3. Las cosas, sin embargo, son más complicadas por varias razones.

Primero, porque en los dos casos de la CAP y de la APB no había ni reglamentos ni actos administrativos que impugnar. Es algo en lo que se apoya el Tribunal Supremo para declarar la responsabilidad sancionadora de la Administración como facilitadora¹³ y en lo que coinciden sus comentaristas, tanto los que defienden la competencia de la CNC, actual CNMC, para sancionar a la Administración, como los que alegan que la única vía posible para atacar las actuaciones administrativas contrarias a la competencia es su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁴. Eran actuaciones administrativas informales y casi meramente materiales

¹³ Vid. STS de 18 de julio de 2016, recurso de casación nº 2946/2013, fundamento jurídico 4 (caso del cartel de los productores de vino de Jerez): “no siempre resulta sencillo determinar si una Administración está actuando, o no, en el ejercicio de potestades públicas. Sobre todo, si, como sucede en el caso que examinamos, su actuación no se exterioriza en actos formales, realizados a través del procedimiento establecido en las normas, sino que se plasma en actuaciones materiales, más o menos difusas, cuya impugnación en vía jurisdiccional conforme a lo previsto en el citado artículo 12.3 de la Ley 15/2007 resultaría escasamente viable”.

¹⁴ Los autores que defienden que la autoridad de la competencia es competente para investigar los efectos restrictivos de la competencia de una actuación administrativa, lo hacen apoyándose precisamente en que la vía del art. 12.3 LDC no es accesible en estos casos por no existir verdaderos actos administrativos ni disposiciones generales emanados de la Administración, sino meramente actuaciones materiales deriva-

las que contribuyeron decisivamente a la formación y desarrollo de los cárteles y, ante ello, ¿cómo articular un recurso contencioso-administrativo? Precisamente el no encontrar una respuesta satisfactoria ha sido determinante para que la CNC, los tribunales y parte de la doctrina opten por permitir sancionar sin más a la Administración.

Segundo, porque tanto el art. 12.3 LDC como el actual art. 5.4 LCNMC sólo hablan de legitimación para impugnar “actos (...) sujetos a Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley”; esto es, actos administrativos y reglamentos. Nada se dice sobre los recursos contra actuaciones materiales. Así, aunque se admitiera que cabe el recurso contencioso-administrativo contra la vía de hecho del art. 30 LJCA por actuaciones administrativas materiales que vulneren la competencia, se chocaría con una dificultad adicional: ¿la legitimación de las autoridades de defensa de la competencia incluye la posibilidad de recursos frente a la vía de hecho pese a la literalidad de los arts. 12.3 LDC y 5.4 LCNMC?¹⁵

das de la misma. A este respecto, *vid.* COSTAS COMESAÑA, Julio y HORTALÀ I VALLVÉ, Joaquim (2013): 30 y 31.

Del mismo modo, la corriente que aboga por la incompetencia de la CNC para declarar la responsabilidad de la Administración Pública por infringir normas de Derecho de la competencia, reconoce que la vía de la jurisdicción contenciosa-administrativa, del vigente art. 5.4 LCNMC, resulta de escasa utilidad para casos como este, en el que la Administración no dicta actos administrativos ni disposiciones generales, sino que actúa sin dejar ningún rastro formal que se pueda impugnar ante los tribunales. En relación con ello, *vid.* MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco (2012): 26 y 27; y MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco, “¿Puede sancionarse a las Administraciones Públicas cuando no actúan como operador económico si restringen la competencia o promueven conductas anticompetitivas?”, *InDret*, 2018, pp. 17 y 18.

¹⁵ Según la consejera Doña María Jesús González López -que, como ya he destacado anteriormente, emitió voto particular a la resolución de la CNC de 6 de octubre de 2011 por entender que la extralimitación de una Administración Pública en el ejercicio de sus potestades no implica automáticamente que actúe como operador económico y que pueda ser sancionada por las autoridades de la competencia- si el legislador hubiera querido que las Administraciones Públicas estuvieran estrictamente sujetas a la LDC en el ejercicio de sus potestades de *imperium* no habría introducido un precepto tan medido como el art. 12.3 LDC, o posterior art. 5.4 LCNMC. Por lo que, a su parecer, ni siquiera cabe el recurso contra la vía de hecho. Sin embargo, no toda la doctrina coincide en esta apreciación. GUILLÉN CARAMÉS considera que la CNC sí que es competente para interponer el recurso contra la vía de hecho del art. 30 LJCA porque el art. 26 LDC, apartado e), le legitima para establecer las medidas necesarias para el restablecimiento de la competencia en los mercados. Para este autor, no hay que entender el art. 12.3 LDC, actual art. 5.4 LCNMC, en términos restrictivos, sino que se debe interpretar teniendo en cuenta la potestad de la CNC para promover la competencia (*advocacy*) y el mencionado precepto de la LJCA, en el sentido de que no se puede restringir la legitimación de la CNC, actual CNMC, a la impugnación de actos administrativos y reglamentos, sino que debe extenderse al resto de actividad administrativa impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa, como es la inactividad de la Administración que constituye vía de hecho, siempre que de la misma se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados. En este sentido, *vid.* GUILLÉN CARAMÉS, Javier, “La promoción de la competencia como refuerzo al ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las autoridades de competencia: en especial, la impugnación de la actividad administrativa contraria al Derecho de la competencia”, *Cuestiones actuales del procedimiento san-*

Tercero, porque esos dos artículos se refieren precisamente a la CNC y ahora a la CNMC. ¿Es que los órganos autonómicos de defensa de la competencia no tienen esa legitimación? Si la respuesta fuese negativa estaría claro que para esos órganos autonómicos no habría ninguna solución salvo la de sancionar a la Administración. Pero lo cierto es que la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, determina en su art. 1 que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas pueden ejercer las competencias reconocidas en la LDC en relación con las conductas previstas en los artículos 1, 6 y 7 de la misma, determinándose el competente en cada caso concreto según el ámbito territorial en el que las conductas anticompetitivas tengan efectos: si los efectos se circunscriben al territorio de una Comunidad Autónoma, será la autoridad autonómica de competencia de esa región la encargada de ejercer las competencias de que se traten; pero si los efectos de la conducta anticompetitiva trascienden al conjunto del mercado nacional, entonces será la CNMC la encargada de realizar las actuaciones correspondientes¹⁶. De ello se deduce que la legitimación atribuida por el art. 5.4 LCNMC a la CNMC también se entiende atribuida a las autoridades autonómicas de competencia cuando los efectos de la conducta colusoria impugnada se reducen al ámbito de una Comunidad Autónoma¹⁷, por lo que estas autoridades de competencia no se verían obligadas a sancionar a la Administración, sino que podrían encontrar este cauce alternativo para resolver la cuestión. Como consecuencia, esta tercera observación no constituye un verdadero inconveniente.

Cuarto, porque, aunque se superen todos los demás problemas anteriores, el recurso contra la actividad material de la Administración está configurado en el art. 30 LJCA como un cauce estrecho. Su misma alusión a la vía de hecho hace pensar que lo que por este cauce cabe atacar con éxito no es cualquier actividad material ilícita sino sólo aquellas grosera y manifiestamente ilegales; según la concepción tradicional de la vía de hecho, sólo entrarían en ella aquellas actuaciones administra-

cionador en Derecho de la competencia, dirigida por GUILLÉN CARAMÉS, Javier, Civitas, 2013, Cizur Menor (Navarra), pp.389-391.

¹⁶ Vid. GUILLÉN CARAMÉS, Javier, "Las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y las autoridades autonómicas en la aplicación del Derecho de la competencia", *Estudios de Deusto*, vol. 63, nº 1, 2015, pp. 37-83.

¹⁷ A este respecto, MARCOS FERNÁNDEZ afirma que las autoridades autonómicas son las competentes para instruir y resolver los procedimientos sancionadores sobre las conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 de la LDC que distorsionen la competencia en el ámbito autonómico. En MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco, "Competencias autonómicas en los procesos de concentración de empresas", *InDret*, nº 4, 2011, pp. 1-53.

tivas con incompetencia palmaria o con total falta de procedimiento¹⁸. Aplicando esas ideas a los casos de los que aquí partimos, cabe decir que habría sido muy difícil articular un recurso contra los comportamientos de la CAP y de la APB; y poco probable que tales recursos hubieran prosperado. Probablemente el recurso contra la vía de hecho debería reformarse para convertirlo en una vía más amplia y efectiva; aún más probablemente, incluso sin reforma legal, los jueces deberían acogerlo con más amplitud de lo que lo vienen haciendo. Pero, prescindiendo de todo ello, lo cierto es que, aunque se admita que las autoridades de defensa de la competencia puedan interponer recursos contra vías de hecho administrativas anticompetitivas, encontrarían muchos escollos para luchar por esta vía contra comportamientos como los de la CAP y la APB.

Y, quinto, porque esos artículos no niegan por sí mismos la posibilidad de sancionar a la Administración por sus actuaciones contrarias a la LDC. Es verdad que, al menos para algunos casos, ofrecen una vía. Pero, incluso cuando esa vía sea transitable, no es nada seguro que se deduzca de ellos que no quepa, además, sancionar a la Administración, como parecen haber entendido algunas de las resoluciones y sentencias reseñadas, así como sus comentaristas. Parece latir en sus posturas la idea de que, si existen estos preceptos que dan legitimación a las autoridades de la competencia para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa, es que ésta es la única posibilidad que tienen; o sea, que esos preceptos están implícitamente negándoles la posibilidad de sancionar. Pero no tiene que ser así. Pensemos en el supuesto más simple y claro: el de los actos administrativos ilegales por contrarios a la LDC. Cabe sostener que las autoridades de defensa de la competencia pueden, de un lado, impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa el acto, pero que pueden, de otro lado, sancionar a la Administración de la que emanó. No serían posibilidades alternativas y excluyentes sino acumulativas¹⁹. Y, dentro de esta interpretación,

¹⁸ Vid. LÓPEZ MENUDO, Francisco, "Título III. Objeto del Recurso Contencioso Administrativo. Capítulo Primero. Actividad administrativa impugnabile", *Revista española de derecho administrativo*, n° 100, 1998, pp. 314-324. Véase también GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Civitas, 2016, Cizur Menor (Navarra), pp. 434-446.

¹⁹ Coinciden con esta opinión algunos autores, como COSTAS COMESAÑA y HORTALÀ I VALLVÉ, que afirman que la vía del art. 5.4 LCNMC (impugnar la actividad administrativa perjudicial de la competencia ante la jurisdicción contencioso-administrativa) y la del art. 1 LDC (sancionar a la Administración que con su conducta limita la libertad de competencia) se podrían considerar vías diferentes y, por tanto, compatibles y respetuosas del *non bis in idem*, ya que ambas normas responden a una finalidad distinta. Mientras que la primera busca eliminar del ordenamiento jurídico actos o disposiciones administrativas contrarias a la Ley, la segunda se limita a perseguir actuaciones anticompetitivas, imponiendo en su caso la correspondiente sanción. A este respecto, vid. COSTAS COMESAÑA, Julio y HORTALÀ I VALLVÉ, Joaquim (2013): 30.

Del mismo modo opina BAÑO LEÓN, que considera que las Administraciones Públicas pueden ser sujetos pasivos de Derecho de la Competencia y, por tanto, ser sancionadas por la Comisión Nacional de la Competencia cuando realicen conductas administrativas constitutivas de ilícitos antitrust, independiente-

caben a su vez, dos posibilidades. Una primera mantendría que las autoridades de la competencia podrían desde el principio usar una u otra vía o las dos, una para conseguir la anulación, otra para castigar la conducta. Y otra segunda interpretación consistiría en entender que las autoridades de la competencia deben empezar por recurrir el acto administrativo contrario a la LDC y, una vez que hayan conseguido su anulación, y sólo entonces, podrán además sancionar a la Administración que lo produjo. Se basaría esta interpretación en la idea de que cualquier acto administrativo tiene una presunción de validez que se impone a todas las autoridades administrativas, incluidas las de competencia, y que sólo destruida esa presunción de validez por la sentencia contencioso-administrativa cabrá que esas autoridades sancionen²⁰. Sólo así se entiende la rigidez de los arts. 12.3 LDC y 5.4 LCNMC, que no aluden a la actividad material de la Administración por no contar esta con la presunción de validez con que sí cuentan los actos administrativos y reglamentos²¹. Sea como fuere,

mente de la vía que deja abierta el art. 5.4 LCNMC para que la CNMC impugne determinados actos de la Administración Pública ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Véase BAÑO LEÓN, José María, "Libre competencia y Administración Pública: Derecho Administrativo y Derecho «antitrust»", *Derecho de la regulación económica, Tomo IX. Comercio interior*, dirigida por REBOLLO PUIG, Manuel, Iustel, 2013, Madrid, pp. 1205-1206.

²⁰ La mejor expresión de esta segunda interpretación la ofrece NIETO, pues a su parecer, mientras no se produzca la declaración de invalidez, los actos administrativos son válidos por muy graves que sean sus vicios. *Apud* REBOLLO PUIG, Manuel, "La presunción de validez", *Revista española de derecho administrativo*, n.º 128, 2005, p. 590. También REBOLLO PUIG sostiene en ese trabajo suyo que los actos administrativos son válidos en tanto no se declare su nulidad o sean anulados. Conforme a la presunción de validez de los actos administrativos defendida por estos autores, la Administración no podría ser sancionada por realizar un acto viciado hasta que este no se haya anulado o declarado nulo, pues sólo entonces aquella presunción será destruida. *Vid.* también en esta línea, REBOLLO PUIG, Manuel, "Reglamentos y actos administrativos ante el Tribunal de Defensa de la Competencia", *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, coordinada por COSCULLUELA MONTANER, Luis, Civitas, 2003, Madrid, pp. 719-742, donde se recuerdan los obstáculos que encontraba el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia para sancionar las conductas anticompetitivas de la Administración que encontraban fundamento en un acto administrativo o en un reglamento, precisamente por la virtualidad de la presunción de validez, pues conforme a ella hay que presumir, en tanto no se destruya la presunción, que la Administración ha actuado conforme a Derecho. Pone así REBOLLO PUIG de manifiesto el principal problema que puede encontrar el órgano administrativo encargado, en cada momento, de perseguir las conductas contrarias a la competencia. Para solucionarlo, la LDC atribuyó, en su art. 12.3, legitimación a la CNC para impugnar los actos administrativos y reglamentos contrarios a la competencia ante la jurisdicción contencioso-administrativa (competencia que mantiene el actual art. 5.4 LCNMC). Se solventa así el problema pues, en primer lugar, la autoridad de competencia podría impugnar el acto o reglamento ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y una vez destruida la presunción de validez, proceder a sancionar la concreta conducta anticompetitiva amparada por el acto o reglamento.

²¹ Además de este motivo, otros autores señalan que la vía del art. 5.4 LCNMC no está prevista para la actividad material de la Administración contraria a la competencia porque en estos casos no es tan importante anular jurídicamente la actuación como evitar que materialmente se sigan produciendo sus efectos, de modo que lo importante es que cese la actividad administrativa (lo que se puede conseguir a través de las sanciones impuestas por las autoridades de competencia) y que, en su caso, los sujetos damnifica-

lo que quiere decirse es que del reconocimiento de legitimación a las autoridades de la competencia para interponer recursos frente a las actuaciones administrativas anticoncurrenciales no se desprende ninguna solución definitiva sobre la posibilidad o imposibilidad de que, además -antes, simultáneamente o después- impongan sanciones.

VIII. LA RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES EN CONCEPTO DE “FACILITADOR” DE INFRACCIONES CONTRA LA COMPETENCIA

Hay un último elemento en las resoluciones de la CNC que sancionaron a la CAP y a la APB, así como en las sentencias confirmatorias y en la doctrina que las sustenta. En casi todas ellas, explícita o implícitamente, ocupa un papel fundamental la noción de “facilitador” de las infracciones: aceptan que, precisamente porque ni la CAP ni la APB actuaban como operadores en el mercado ni realizaban actividades económicas ni, por ende, eran empresas, no pudieron realizar propiamente la acción tipificada como infracción; pero manifiestan que sí que colaboraron activamente en los cárteles, propiciaron su formación y contribuyeron a su mantenimiento y efectividad real. Así que se las sanciona, no propiamente como autoras, sino como “facilitadoras” de las infracciones. O sea, se considera a la CAP y a la APB responsables de las infracciones de las que son autores otros sujetos, se les considera responsables a títulos de “facilitador”. Pero, ¿de dónde viene ese concepto y qué supuestos cubre?, ¿se puede extender a la Administración?, ¿su utilización encuentra apoyo en la legislación española de defensa de la competencia?, ¿es conforme con las exigencias constitucionales? Trataré ahora de dar respuesta a estos interrogantes.

1. La formación del concepto de facilitador en la jurisprudencia europea

El origen de la figura del facilitador trae causa de que en la práctica se venía observando que no sólo eran causantes de las infracciones los autores de las mismas, sino también quienes las facilitaban, pues sin ellos se hacía mucho más difícil su comisión. Así se fue gestando una sensación de impunidad para con los sujetos que coadyuvaban a la realización de prácticas anticompetitivas, pero que no eran parte principal en las mismas. Eso fue haciendo crecer la preocupación de la Unión Europea.

dos se resarzan por la vía de la responsabilidad patrimonial. En este sentido, vid. ORTEGA BERNARDO, Julia, “¿Se puede sancionar a la Administración en el ámbito de la Defensa de la Competencia?”, *Almacén de Derecho*, 31 de enero de 2017, recuperado de <http://almacenderecho.org/>

Fue con el caso *Treuhand* cuando la Comisión de las Comunidades Europeas empezó a aludir a la figura del facilitador de infracciones. Aunque *a priori* parecía ser una apreciación más de entre las relativas a los sujetos responsables, en realidad se trataba de un cambio de criterio que marcaría el camino a seguir por las autoridades europeas, y no sólo por ellas. En los expedientes anteriores, los sujetos sancionados por infringir el art. 101 TFUE, y demás normativa de defensa de la competencia, eran empresas competidoras, empresas que infringían la competencia porque realizaban prácticas anticompetitivas junto con otras empresas que operaban en el mismo mercado, y que, por tanto, mermaban su propia libertad de competencia y la del mercado en el que operaban. Sin embargo, en el expediente relativo a la sociedad AC-Treuhand, se sancionaba, junto a otros operadores económicos privados, a una sociedad asesora que nada tenía que ver con el mercado de referencia. Según DE STEFANO, la importancia de este cambio de criterio radica en que abre la puerta a sancionar, no sólo a las empresas competidoras que llevan a cabo una conducta anticompetitiva, sino a cualquier tipo de intermediario (*market research organisations, trade associations, online platforms, as well as brokers, dealers, and other trading intermediaries*) que, aunque no limita su propia competencia, con su actuación facilita que otras empresas se coordinen para alcanzar objetivos anticoncurrenciales²². Se pretende así perseguir un nuevo modelo de cartel que expande las fronteras de las conductas colusorias perseguidas hasta entonces por las leyes de competencia: *the hub-and-spoke collusion*, donde varias empresas competidoras cooperan bajo el mando de una empresa líder que no forma parte del mismo mercado que aquellas.

Cuando el asunto *Treuhand* llegó al TJUE, este Tribunal, movido por la preocupación de perseguir este tipo de conductas auxiliares, quiso dejar claros los requisitos esenciales que deben concurrir para poder apreciar la existencia de la figura del facilitador en su sentencia de 22 de octubre de 2015. Tales requisitos son los siguientes:

- Ejercer un papel esencial en la comisión de la infracción²³: en el caso de prácticas anticompetitivas, basta con organizar reuniones y participar activamente en ellas -incluso actuando como moderador e instando a la llegada de acuerdos-, facilitar datos e información a los operadores económicos que llevan a cabo la acción típica, contribuir a los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y tener conocimiento de los comportamientos materiales ejecutados por otras empresas en la

²² DE STEFANO, Gianni, “AC-Treuhand Judgment: a broader scope for EU competition law infringements?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol.6, n° 10, 2015, p. 689.

²³ A propósito del papel esencial de la entidad AC-Treuhand en el cartel de los proveedores de aditivos plásticos *vid.* S.H. CHAN, Sunny, “AC-Treuhand: What is the ambit of cartel facilitators’ liability?”, *European Competition Law Review*, Issue 4, 2016, Thomson Reuters, p. 133.

consecución de dichos objetivos o poder preverlos y estar dispuesto a asumir el riesgo.

- No es necesario que -el facilitador- esté presente en los mercados afectados por las infracciones: AC-Treuhand era una sociedad privada asesora y, por tanto, no estaba presente en los mercados afectados por las prácticas anticompetitivas que facilitó, pero ello no impidió que el TJUE la declarara responsable de las mismas pues materialmente su conducta tuvo efectos negativos sobre esos mercados afectados²⁴. Según el TJUE, ya no puede entenderse que el art. 101 TFUE se dirija únicamente a empresas, sino también a todas aquellas organizaciones que, aunque ajenas al mercado de referencia, faciliten la implantación de un cartel. Como ponen de manifiesto VALLERY y SCHELL, para formular esta idea, el TJUE no tuvo en cuenta la opinión del Abogado General Wahl emitida en sus conclusiones presentadas el 21 de mayo de 2015, basada en que no se puede sancionar en virtud del art. 101 TFUE a aquellas organizaciones que no formen parte del mercado afectado por el cartel porque el ámbito *ratione personae* de la prohibición de tal precepto se limita a las empresas que coluden con otras para reducir su competencia y la del mercado en que actúan en beneficio propio²⁵.

- Que la sanción sea razonablemente previsible en el momento en que se cometieron las infracciones: este requisito, estrechamente ligado al principio de legalidad y de tipicidad, exige que el justiciable pueda saber, a partir del texto de la disposición pertinente, y si fuera necesario, con la ayuda de la interpretación de los tribunales, qué actos y omisiones son capaces de generar su responsabilidad. Sin embargo, estos principios de legalidad y tipicidad se flexibilizan en el Derecho sancionador de la UE. Según el TJUE, la sociedad AC-Treuhand “debería haber previsto, después de haber recurrido, en su caso, a un asesoramiento jurídico adecuado, que su comportamiento pudiera ser declarado incompatible con las normas de competencia del Derecho de la Unión, teniendo en cuenta especialmente el amplio alcance de los conceptos de «acuerdo» y de «práctica concertada» que resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”.

²⁴ Aunque la sociedad AC-Treuhand alegó que para ser responsable de una infracción del art. 101 TFUE es necesario tener algún tipo de relación con el mercado afectado por la restricción de la competencia, el TJUE concluyó que no era necesario tal posicionamiento en el mercado, pues es suficiente con que se tenga intención de contribuir y, de hecho, se contribuya, a los objetivos comunes perseguidos por los participantes en el acuerdo anticompetitivo. A este respecto, *vid.* S.H. CHAN, Sunny (2016): 133 y 134.

²⁵ VALLERY, Anne y SCHELL, Caroline, “AC-Treuhand: Substantial Fines for Facilitators of Cartels”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 7, n° 4, 2016, pp. 254 y 255.

El TJUE ha seguido pronunciándose del mismo modo en posteriores sentencias, como es el caso de la STJUE de 21 de enero de 2016 (asunto ETURAS y otros)²⁶. En este supuesto concreto, el TJUE recordó que “los modos pasivos de participación en la infracción, como la presencia de una empresa en reuniones en las que se concluyen acuerdos con un objeto contrario a la competencia, sin oponerse expresamente a ellos, reflejan una complicidad que puede conllevar su responsabilidad en virtud del artículo 101 TFUE, ya que la aprobación tácita de una iniciativa ilícita sin distanciarse públicamente de su contenido o denunciarla a las autoridades administrativas produce el efecto de incitar a que se continúe con la infracción y dificulta que se descubra”. Parece asentarse la doctrina del facilitador de infracciones de competencia.

En cualquier caso, puede concluirse que esta figura -del facilitador de infracciones-, tal y como la ha configurado la jurisprudencia europea, puede subsumirse en el concepto de cómplice. Y como tal, su aplicación en el Derecho español requiere una serie de requisitos, muchos de los cuales se han incumplido en los casos de la CAP y de la APB. A ello dedicaremos los siguientes epígrafes.

2. Posibles objeciones a la recepción de la responsabilidad por facilitar infracciones contra la competencia en el Derecho español

Aunque la finalidad perseguida con la utilización de la figura del facilitador sea loable, la legalidad de la solución instaurada es más que discutible. Así lo han puesto de manifiesto un gran número de juristas. Las opiniones llegan incluso desde Hong Kong. El profesor y abogado SUNNY S.H. CHAN considera que la doctrina del facilitador es insostenible por dos motivos: porque adoptar la complicidad sin una ley que así lo prevea, deduciéndola simplemente del concepto de autoría, conlleva inmensa ambigüedad e inseguridad; y porque extender la responsabilidad de los autores a los partícipes supone infringir el principio de que las infracciones y las sanciones tienen que estar definidas por Ley²⁷.

²⁶ En esta sentencia, el TJUE responde una petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del artículo 101 TFUE y que se presenta en el contexto de un litigio que enfrenta a varias agencias de viajes lituanas con el Consejo de la Competencia de la República de Lituania, en relación con una decisión por la que éste condenó a dichas empresas al pago de multas por haber llevado a cabo prácticas anticompetitivas, concretamente haber coordinado entre sí los descuentos sobre los viajes vendidos a través del sistema E-TURAS.

Por una parte, se encontraba la empresa Eturas que no actuaba en el mercado de referencia, sino que se limitaba a administrar el sistema E-TURAS; y por otra parte se encontraban las agencias de viajes. La empresa Eturas era la encargada de coordinar al resto de empresas para aplicar los descuentos y las agencias de viajes actuaban conjuntamente para conseguir sus objetivos anticompetitivos. Como consecuencia, el Consejo de la Competencia declaró tanto a Eturas como a las agencias de viajes culpables de una infracción del artículo 101 TFUE, pero a la primera en concepto de facilitadora.

²⁷ S.H. CHAN, Sunny (2016): 135.

En definitiva, las razones por las que la teoría del facilitador no encaja felizmente en el Derecho administrativo sancionador español se resumen en una: la vulneración que conlleva del principio de legalidad administrativa sancionadora. En España, este principio es de una importancia extraordinaria en este ámbito. Tanta, que aparece proclamado en el art. 25.1 CE y “debe situarse mucho más cerca del principio de legalidad penal (...) que del principio de legalidad administrativa en general”²⁸. Sin embargo, esta garantía no rige en la misma medida en el Derecho sancionador europeo y ello conlleva que la jurisprudencia europea en general y la más específica del facilitador de infracciones en particular sufra importantes problemas para su aplicación en nuestro Derecho.

En nuestro Derecho punitivo, el principio de legalidad sancionadora requiere que sea una Ley la que establezca cuáles son las infracciones y las sanciones que conllevan. Y, en segundo lugar, conlleva un mandato de certidumbre, basado en que las leyes tipifiquen de forma precisa ambos extremos, tanto infracciones como sanciones, para que así “se cumpla la finalidad de la norma sancionadora, es decir, indicarle al ciudadano, con la mayor claridad posible, cuál es la conducta que debe evitar para que no se le imponga la sanción prevista por la norma”²⁹.

Podemos concluir entonces que el principio de legalidad administrativa sancionadora tiene una doble significación reiteradamente puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, pues comprende una garantía formal y una garantía material³⁰. La primera garantía se traduce en la reserva de ley, de modo que es una Ley la que debe tipificar la infracción y atribuirle los castigos que correspondan, así como determinar otros aspectos importantes del régimen jurídico -sujetos a los que puede sancionarse, reglas para determinar la extensión de la sanción, la extinción de la responsabilidad, etc.³¹. Por otra parte, la garantía material conlleva la obligación del legislador de especificar de forma clara y precisa las conductas ilícitas y las consecuencias derivadas de las mismas. Esta segunda garantía, “resultante del principio de legalidad, se concreta en otro principio derivado del mismo que es el de tipicidad”³².

²⁸ HUERGO LORA, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, Iustel, 2007, Madrid, p.368.

²⁹ HUERGO LORA, Alejandro (2007): 366.

³⁰ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo IV. La actividad administrativa*, Iustel, 2011, Madrid, p. 965.

³¹ REBOLLO PUIG, Manuel e IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, “Derecho administrativo sancionador: caracteres generales y garantías materiales”, *Derecho Administrativo, Tomo II: Régimen jurídico básico y control de la Administración*, dirigida por REBOLLO PUIG, Manuel y VERA JURADO, Diego José, Tecnos, 2016, Madrid, p. 205.

³² MUÑOZ MACHADO, Santiago (2011): 966.

Tanto en el caso de la CAP de la Junta de Andalucía como en el caso de la APB, la autoridad de competencia declaró la responsabilidad de una Administración Pública por infringir el art. 1 LDC. Sin embargo, aunque se admita que se puede sancionar a la Administración porque el art. 61 LDC considera sujetos infractores a las personas físicas o jurídicas que realizan las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en la misma, no es menos cierto que la declaración de responsabilidad fue inesperada en ambos casos porque el art. 62 LDC establece que son infracciones el desarrollo o la realización de las conductas tipificadas, pero nada más que eso, no su facilitación.

La CNC y el TS actuaron así siguiendo a las autoridades administrativas y judiciales europeas, olvidando que existe una diferencia fundamental entre el Derecho administrativo sancionador de la Unión Europea y el español: mientras que en el primero el principio de legalidad administrativa sancionadora se flexibiliza hasta tal punto que, junto con la previsibilidad de la norma, hay que tener en cuenta el complemento de la jurisprudencia y la posible necesidad de asesoramiento jurídico; en el segundo, este principio es de una importancia tal que se traduce en un derecho fundamental de los ciudadanos que no admite tanta flexibilidad.

Por eso, a mi parecer, conforme a las exigencias de reserva de ley y tipicidad que derivan del principio de legalidad administrativa sancionadora, la interpretación llevada a cabo por la CNC para declarar la responsabilidad de la CAP y de la APB, ratificada posteriormente por el TS, hace uso de la analogía para sancionar una conducta no prevista legalmente como infracción. Esto es, no se prevé en la LDC la posibilidad de que la Administración Pública -o cualquier otro sujeto- pueda ser sancionada por facilitar la realización de infracciones de competencia y, aun así, ha sido, en un caso, declarada responsable (CAP) y, en otro, incluso sancionada. Por tanto, a mi juicio, tanto las resoluciones de la CNC como las sentencias del TS son, en lo relativo a la declaración de responsabilidad de la Administración Pública, contrarias a la garantía del art. 25.1 CE.

3. La aplicación del concepto de facilitador a la Administración

Las conductas prohibidas por el art. 1 LDC y por el art. 101 TFUE “suelen ser llevadas a cabo o promovidas por empresas que buscan mejorar, afianzar o asegurar su posición en el mercado a través de comportamientos anticompetitivos”. Por eso, “tradicionalmente, los destinatarios directos de las políticas de la competencia han sido las empresas, especialmente las más potentes económicamente hablando, que encontraban en la libertad absoluta del *laissez faire*, el caldo de cultivo más adecuado para alterar los mercados en beneficio particular”. Sin embargo, de un tiempo a esta parte, cada vez se muestra con más claridad que también los agentes de carácter público pueden alterar con su actuación el libre juego de la competencia de manera

más o menos consciente favoreciendo así a determinados operadores, en perjuicio del interés general que deben proteger. Como consecuencia, ya no es discutible el sometimiento de los entes públicos a la normativa de competencia, salvo en los casos legalmente previstos en los que se excluye su aplicación *ex art.* 4 LDC.

La duda que surge ahora es si cabe sancionar a la Administración Pública en concepto de facilitadora. La responsabilidad sancionadora de la Administración Pública, al igual que la del resto de personas físicas y jurídicas, se basa en los principios constitucionales de legalidad, personalidad de las sanciones y culpabilidad. Todos estos principios coinciden con los que rigen en Derecho Penal. Sin embargo, en el tema de la responsabilidad, surgen diferencias entre ambas ramas del Derecho, pues mientras que el Código Penal tipifica y diferencia las figuras del autor y partícipe, no ocurre igual con las Leyes administrativas en las que lo normal es que únicamente se tipifique y sancione la autoría de las infracciones, aunque como contrapunto el legislador suela tipificar un amplio número de conductas que podrían considerarse supuestos de autoría mediata o participación³³.

Al no existir en el Derecho administrativo sancionador una regla general sobre autoría y participación ni darse en las leyes administrativas sancionadoras un patrón único de designación de responsables de las infracciones administrativas³⁴, salvo que una Ley disponga lo contrario, sólo se podrán considerar responsables de las infracciones sus autores en sentido estricto. Sin embargo, como ya se ha dejado entrever, “la regla de que sólo son responsables de las infracciones sus autores admite excepciones legales. Y lo cierto es que, aunque minoritarias, hay leyes que sí que prevén la responsabilidad de los partícipes en una infracción ajena y, a veces, hasta de los encubridores”³⁵. No es el caso de la LDC, por lo que en este ámbito “no se podrá sancionar a otros sujetos incluso aunque hayan realizado una conducta antijurídica y culpable ni siquiera en el caso de que guarde cierta relación con las conductas sí tipificadas”³⁶. De lo contrario, se vulneraría el principio de legalidad y, por ende, el derecho fundamental del art. 25.1 CE.

³³ REBOLLO PUIG, Manuel, IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía y BUENO ARMILLO, Antonio M^a, *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, 2010, Valladolid, p. 260.

³⁴ PASCUAL MORCILLO, Álvaro, “El cooperador necesario en las infracciones de la ley de defensa de la competencia”, *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia*, coordinada por RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel, Civitas, 2015, Cizur Menor (Navarra), p. 118.

³⁵ REBOLLO PUIG, Manuel, “Responsabilidad de los autores de las infracciones y los partícipes”, *Revista vasca de Administración Pública*, n^o especial 99-100, 2014, p. 2536.

³⁶ REBOLLO PUIG, Manuel, “Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones”, *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas*, coordinada por REBOLLO PUIG, Manuel, LÓPEZ BENITEZ, Manuel y CARBONELL PORRAS, Eloisa, Iustel, 2015, Madrid, p. 845.

Pues bien, aunque se acepte que cabe sancionar al facilitador cuando una Ley así lo permita, sigue surgiendo la duda de si puede sancionarse a la Administración en tal concepto cuando actúa como poder público, tal y como ya se planteó en su momento el Abogado General Nils Wahl, en las Conclusiones presentadas el 21 de Mayo de 2015 a propósito del caso *Treuhand*: “Una sociedad que no ejerce presión competitiva sobre los miembros del cártel ¿puede ser cómplice de una infracción de la prohibición de carteles?”. Es el tema central en torno al que han girado estas líneas. Cierta sector doctrinal considera que sí, que no existe inconveniente porque “para que una conducta caiga bajo la prohibición *antitrust* es necesario y suficiente que tenga aptitud objetiva para restringir la competencia”³⁷, siendo indiferente la condición jurídica del sujeto que la realiza y de su rol en el mercado de que se trate. Mientras que otra facción de la doctrina se mantiene firme al considerar que una Administración Pública, cuando ejerce potestades de *imperium*, no puede ser considerada operador económico, por lo que por mucho que se exceda o extralimite en el ejercicio, no puede ser sancionada en virtud de la LDC, cuyos preceptos se dirigen a empresas.

IX. CONCLUSIONES

Aclarada la cuestión del sometimiento de la Administración Pública a la normativa de defensa de la competencia, ha resultado necesario aclarar los mecanismos con que cuenta la autoridad de la competencia para reaccionar ante una conducta administrativa anticompetitiva. En el caso de tratarse de una conducta materializada en un acto administrativo o en un reglamento, procede su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa *ex* art. 5.4 LCNMC. Es en el caso de tratarse de una conducta puramente material donde surgen algunos inconvenientes. El primero de ellos es la inaccesibilidad e ineficacia de la vía del mencionado art. 5.4 LCNMC, pues no existe ningún acto o reglamento que impugnar. El segundo de ellos es que el recurso contencioso-administrativo contra la vía de hecho del art. 30 LJCA es demasiado rígido, por lo que también resulta inaccesible. Y el tercero de ellos sólo surge cuando la conducta administrativa anticompetitiva no aparece tipificada como infracción en la LDC, como ocurre cuando esa conducta se basa en el auxilio y facilitación de las prácticas anticompetitivas de otros, pues en estos supuestos, si las autoridades administrativas de competencia deciden sancionar estarán vulnerando el principio de legalidad administrativa sancionadora y el derecho fundamental del art. 25.1 CE.

³⁷ COSTAS COMESAÑA, Julio y HORTALÀ I VALLVÉ, Joaquim (2013): 20 y 21.

Por tanto, o se amplían los términos en que se concibe actualmente el recurso contra la vía de hecho, o se tipifica la conducta propia de la figura del facilitador en las leyes sectoriales de aquellos ámbitos en que se demuestre necesario, como ha ocurrido en el sector de la competencia. No hacer nada supone resignarse a no perseguir las conductas administrativas materiales contrarias a la libre competencia, o peor aún, sancionar esas conductas sin las garantías que nuestro Derecho administrativo sancionador exige.

Consecuentemente, a mi parecer resulta necesario que la LDC tipifique expresamente una infracción y una determinada sanción administrativa para el caso de que la Administración, haciendo un uso inadecuado de sus potestades públicas, facilite una práctica contraria a la libre competencia. Además de conveniente, esto es perfectamente posible porque el principio de legalidad prohíbe que se sancione al que no ha llevado a cabo la conducta tipificada, pero no impide la posible responsabilidad por participar en la infracción de la que es autor otro, siempre que así lo prevea una ley y se sancione al partícipe por su propia conducta.

En definitiva, sólo modificando la LDC será posible lograr que el Derecho de la competencia cumpla de forma más efectiva su finalidad de expulsar de la vida económica la conducta de quienes actúan en el mercado que impida o sea apta para impedir que el proceso competitivo genere la eficiencia que le atribuye la teoría económica, pues con la legislación actual -aplicada correctamente- muchas de esas conductas quedan impunes. Trasladar, sin más, la figura del facilitador gestada en el Derecho comunitario al ordenamiento jurídico español supone vulnerar las exigencias más básicas de nuestro Estado de Derecho: que nadie pueda ser sancionado por una determinada conducta sin una ley previa que así lo disponga. Querer adaptarse rápido -y mal- a las exigencias de la Unión Europea conlleva destruir parte de la base de nuestro Derecho Administrativo Sancionador, es decir, el cardinal principio de legalidad administrativa sancionadora y todo lo que conlleva. Por no hablar de la escasa seguridad jurídica que se transmite a los ciudadanos cuando los órganos administrativos y judiciales de España actúan de esta manera. En nuestro país, a diferencia de lo que parece suceder en la Unión Europea, es necesario recoger de forma precisa y clara en las Leyes todas las conductas y todos los sujetos responsables que pueden ser sancionados, para que así los ciudadanos sepan a qué atenerse cuando actúan. Es lo mínimo que debe garantizar un Estado de Derecho.

X. BIBLIOGRAFÍA

ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, Tomás y MOSCOSO DEL PRADO GONZÁLEZ, Luis, “Desarrollo reciente de la aplicación de las normas de defensa de la competencia a las Administraciones Públicas”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 32, 2012, pp. 85-89.

BAÑO LEÓN, José María, “Libre competencia y Administración Pública: Derecho Administrativo y Derecho «antitrust»”, *Derecho de la regulación económica, Tomo IX. Comercio interior*, dirigida por REBOLLO PUIG, Manuel, Iustel, 2013, Madrid.

CANEDO ARRILLAGA, María Pilar, “Derecho de la competencia, Administración y descentralización”, *Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, nº 9, 2014, pp. 147-160.

COSTAS COMESAÑA, Julio y HORTALÀ I VALLVÉ, Joaquim, “La tipificación de la actividad de la Administración como facilitadora de cárteles”, *Anuario de la competencia*, nº 1, 2013, pp. 13-32.

COSTAS COMESAÑA, Julio, “La sujeción de la actividad de la Administración al Derecho de la competencia”, *Estudios de derecho mercantil: Libro homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade*, coordinada por TOBÍO RIBAS, Ana María, Marcial Pons, 2013, Madrid, pp. 369-382.

DE STEFANO, Gianni, “AC-Treuhand Judgment: a broader scope for EU competition law infringements?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol.6, nº 10, 2015, pp. 689-690.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Civitas, 2016, Cizur Menor (Navarra), pp. 434-446.

GUILLÉN CARAMÉS, Javier, “La promoción de la competencia como refuerzo al ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las autoridades de competencia: en especial, la impugnación de la actividad administrativa contraria al Derecho de la competencia”, *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la competencia*, dirigida por GUILLÉN CARAMÉS, Javier, Civitas, 2013, Cizur Menor (Navarra), pp.369-399

HUERGO LORA, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, Iustel, 2007, Madrid.

LÓPEZ MENUENDO, Francisco, “Título III. Objeto del Recurso Contencioso Administrativo. Capítulo Primero. Actividad administrativa impugnada”, *Revista española de derecho administrativo*, nº 100, 1998, pp. 314-324.

MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco, ¿Pueden las administraciones públicas infringir la ley de defensa de la competencia cuando adquieren bienes o contratan servicios en el mercado?, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 29, 2009, pp. 840-865.

MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco, “¿Puede sancionarse a las Administraciones Públicas cuando no actúan como operador económico si restringen la competencia o promueven conductas anticompetitivas?”, *InDret*, 2018, pp. 1-41.

MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco, “Competencias autonómicas en los procesos de concentración de empresas”, *InDret*, nº 4, 2011, pp. 1-53.

MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco, “El ámbito de aplicación subjetivo de la LDC y la conducta de la Junta de Andalucía en el cártel de la uva y del mosto de Jerez: Comentario a la RCNC de 6 de octubre de 2011, Exp. S/0167/09”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 11, 2012, pp. 253-276.

MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco, “Título I. De la defensa de la competencia”, *Comentario a la ley de defensa de la competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, coordinada por MASSAGUER FUENTES, Josep, 4ª Edición, Civitas, 2015, Madrid, pp. 308-400.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo IV. La actividad administrativa*, Iustel, 2011, Madrid.

ORTEGA BERNARDO, Julia, “¿Se puede sancionar a la Administración en el ámbito de la Defensa de la Competencia?”, *Almacén de Derecho*, 31 de enero de 2017, recuperado de <http://almacenederecho.org/>

PASCUAL MORCILLO, Álvaro, “El cooperador necesario en las infracciones de la ley de defensa de la competencia”, *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia*, coordinada por RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel, Civitas, 2015, Cizur Menor (Navarra), pp. 111-135.

REBOLLO PUIG, Manuel e IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, “Derecho administrativo sancionador: caracteres generales y garantías materiales”, *Derecho Administrativo, Tomo II: Régimen jurídico básico y control de la Administración*, dirigida por REBOLLO PUIG, Manuel y VERA JURADO, Diego José, Tecnos, 2016, Madrid.

REBOLLO PUIG, Manuel, “La presunción de validez”, *Revista española de derecho administrativo*, nº 128, 2005, pp. 587-638.

REBOLLO PUIG, Manuel, “Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones”, *Régimen jurí-*

dico básico de las Administraciones Públicas, coordinada por REBOLLO PUIG, Manuel, LÓPEZ BENITEZ, Manuel y CARBONELL PORRAS, Eloisa, Iustel, 2015, Madrid, pp. 843-864.

REBOLLO PUIG, Manuel, “Reglamentos y actos administrativos ante el Tribunal de Defensa de la Competencia”, *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, coordinada por COSCULLUELA MONTANER, Luis, Civitas, 2003, Madrid, pp. 719-742.

REBOLLO PUIG, Manuel, “Responsabilidad de los autores de las infracciones y los partícipes”, *Revista vasca de Administración Pública*, nº especial 99-100, 2014, pp. 2527-2546.

REBOLLO PUIG, Manuel, IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía y BUENO ARMIJO, Antonio M^a, *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, 2010, Valladolid.

S.H. CHAN, Sunny, “AC-Treuhand: What is the ambit of cartel facilitators’ liability?”, *European Competition Law Review*, Issue 4, 2016, Thomson Reuters, pp. 133-138.

VALLERY, Anne y SCHELL, Caroline, “AC-Treuhand: Substantial Fines for Facilitators of Cartels”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 7, nº 4, 2016, pp. 254-257.

VERA JURADO, Diego, “Las sanciones entre Administraciones Públicas”, *Justicia Administrativa*, número extraordinario, 2001, pp. 53-74.

JURISPRUDENCIA



COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

La vinculación y eficacia de las actuaciones de comprobación administrativa de subvenciones. Sentencia de la sección tercera de la sala de lo contencioso-administrativo en Sevilla, del tribunal superior de justicia de andalucía de 22 de marzo de 2017.

Joaquín Gallardo Gutiérrez

Letrado de la Junta de Andalucía

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. ANTECEDENTES. OBJETO DE LA CONTROVERSIA. III. LA RELACIÓN Y VINCULACIÓN ENTRE LAS TAREAS DE COMPROBACIÓN ADMINISTRATIVA. IV.-PROCEDIMIENTO DE CONTROL FINANCIERO. INCIDENCIAS Y EFICACIA SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE REINTEGRO.

I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 22 de marzo de 2017, Recurso núm. 435/2017, desestima el recurso formulado, confirmando el reintegro acordado por la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio de la Junta de Andalucía, por ser éste ajustado al ordenamiento jurídico. A dicha conclusión, llega la Sala sentenciadora tras el análisis en detalle de la relación y vinculación entre las diferentes actuaciones de fiscalización y comprobación administrativa de subvenciones, y sus efectos sobre el eventual procedimiento de reintegro que pueda acordarse, así como un examen de la integración del procedimiento de control financiero en el resto del procedimiento subvencional, y su relación con el conjunto de actuaciones que conforman este último, sobre la base de la más reciente doctrina jurisprudencial de nuestros Tribunales de Justicia. Todo ello, unido al tratamiento de cuestiones generales como la debida motivación de la resolución de reintegro, y de fondo del concreto supuesto de hecho, sobre los gastos inadmitidos.

La citada resolución resulta relevante tanto por las decisiones que adopta en relación con cada una de las cuestiones planteadas, comportando el reconociendo ex-

preso de soluciones para cuestiones arduamente debatidas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, como por su carácter integrador, al abordar en una sola resolución, de forma conjunta, ordenada y sistemática, los principales problemas derivados de las relaciones entre las actuaciones de comprobación administrativas, y entre éstas y el ulterior procedimiento de reintegro.

De este modo, la cuestión que pretendemos abordar a través del presente comentario es la relativa a la interrelación entre las diferentes actuaciones que pueden producirse en el ámbito subvencional con trascendencia sobre la tarea de comprobación, y la vinculación que de ellas puede traducirse para la administración respecto de actuaciones o procedimientos posteriores. La cuestión tiene una doble vertiente, pues se refleja tanto inter fases, dentro del procedimiento subvencional, es decir entre la actividad inicial dirigida a la liquidación y pago de la subvención, y la actividad de comprobación *stricto sensu* desarrollada por el órgano gestor, como entre procedimientos diferentes, esto es, entre la comprobación técnico-económica llevada a cabo por el órgano gestor y el procedimiento de control financiero desarrollo por el órgano interventor. En uno y otro caso, el análisis debe realizarse bajo el prisma protector para el administrado de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, de forma que lo debatido es si la actividad fiscalizadora llevada a cabo con ocasión de la liquidación y pago de la subvención, o incluso la comprobación desarrollada por el órgano gestor, puede generar una situación jurídica para el administrado merecedora de protección con la consiguiente vinculación para la administración, de forma que ésta a través de fases o procedimientos ulteriores, no pueda ir contra sus propios actos, en relación con aquéllo que inicialmente fiscalizó, liquidó y pagó, e incluso, en el seno de un procedimiento de comprobación administrativa dio por correcto y válido, llegando posteriormente a otra conclusión que conlleve inexorablemente el inicio de un procedimiento de reintegro.

Junto a ello, siguiendo la Sentencia objeto de comentario, abordaremos la relación del procedimiento de control financiero con el eventual procedimiento de reintegro que pueda iniciarse, y en particular la eficacia o relevancia que debe reconocerse sobre éste último a las incidencias, vicios y patologías sufridas o que afecten al procedimiento de control financiero.

II. ANTECEDENTES. OBJETO DE LA CONTROVERSIA.

Como no podía ser de otra forma, los presente hechos arrancan con la solicitud y posterior concesión de subvención al amparo de la Orden de 23 de octubre de 2009 por la que se desarrollaba el Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, y se establecían las bases reguladoras para la concesión del subvenciones y ayudas y otros procedimientos. Concedida y aceptada la subvención, la entidad beneficiaria percibió en

concepto de anticipo el 75 % de su importe, supeditándose el cobro del 25% restante a la justificación de al menos el 25% del total subvencionado mediante la oportuna presentación de los documentos acreditativos de la ejecución y de los gastos pagados.

Transcurrido el plazo de ejecución de la actividad subvencionada y finalizada ésta, la entidad beneficiaria solicitó liquidación de la subvención según declaración de gastos y documentación acreditativa presentada. Dicha solicitud fue atendida por la administración autonómica que practicó la oportuna liquidación mediante el dictado de sendas resoluciones, acordando el abono del importe restante según el resultado de aquélla.

Varios años después, dentro del plazo de prescripción a que se refiere el art. 39 Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante LGS), como consecuencia de las actuaciones de la Intervención de la Junta de Andalucía en relación con el control especial de subvenciones de formación para el empleo, y del informe definitivo a que dieron lugar, se considera que la entidad beneficiaria ha incurrido en diversos incumplimientos tanto de forma, atinentes a la falta de justificación de determinados gastos, como de fondo, relativos a la elegibilidad del gasto por haber incurrido en subcontratación, gastos fuera del periodo subvencionable, y gastos no admisibles. De acuerdo con ello, se acuerda el inicio de procedimiento de reintegro, dando debido traslado a fin de que pudiera formular alegaciones la beneficiaria, quien así lo hizo manifestando su disconformidad con el procedimiento iniciado al haber existido ya un previo pronunciamiento administrativo que reconocía la plena conformidad de los gastos que ahora se pretendían reintegrar. Concluida la tramitación del procedimiento, se dicta resolución que acuerda el reintegro parcial en la cuantía de los gastos consideramos no admisibles, desestimando las alegaciones formuladas por la entidad beneficiaria. Frente a dicha resolución se formula recurso de reposición que es desestimado íntegramente.

Contra la resolución que acordaba la devolución parcial de las cantidades subvencionales, concedidas, liquidadas y abonadas, se alzó la beneficiaria considerando no ajustado a derecho el pronunciamiento administrativo sobre la base de una pluralidad de motivos impugnatorios, tanto de forma como de fondo: la caducidad del procedimiento de reintegro; la inadecuación del procedimiento seguido; diversas infracciones del procedimiento de control financiero; falta de motivación de la resolución de reintegro; vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima; y la adecuación y plena justificación de los gastos inadmitidos.

En lo que al objeto del presente comentario interesa, la entidad beneficiaria amparó su pretendido derecho en el hecho de que la administración, concedida la subvención, ejecutaba la actividad subvencional y a solicitud de la propia beneficiaria

practicó liquidación de la subvención abonando el importe restante. Dicha liquidación, según mantuvo la beneficiaria se practicó previa constatación del cumplimiento de las condiciones impuestas y de la consecución de los objetivos de la actividad formativa, de modo que la administración pudo ya en aquél momento constatar las causas que posteriormente le llevaron a acordar el reintegro, por ser perfectamente apreciables del examen de la documentación aportada. Se ejercieron en definitiva, las potestades de control administrativo en el momento de la liquidación y pago de la subvención, y se declararon conformes los gastos presentados, dictándose acto administrativo a tal efecto que devino firme y consentido. Dicho acto, no puede ser objeto de revisión sino a través de las vías de los arts. 106 y 107 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP) por constituir un acto propio de la administración que no puede ser dejado sin efecto a través del procedimiento de reintegro al suponer de facto la revisión de un control previo realizado por el propio órgano gestor. Ello, por aplicación de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, en tanto en cuanto declarada la adecuación y justificación del gasto se produce respecto de la entidad beneficiaria una situación de confianza merecedora de protección que se ve vulnerada como consecuencia del reintegro acordado.

A mayor abundamiento, la beneficiaria consideraba que se había vulnerado el procedimiento de control financiero. Invocaba que con anterioridad al inicio del procedimiento de reintegro nunca tuvo conocimiento del informe definitivo emitido por la Intervención de la Junta de Andalucía que fundamentaba el reintegro, lo que le había generado indefensión. Igualmente, consideraba omitidos trámites preceptivos y esenciales del procedimiento, en particular, el plazo legalmente establecido desde la recepción del informe definitivo para que el órgano gestor iniciara el procedimiento de reintegro y comunicara su iniciación a la Intervención, y la falta de traslado de las alegaciones presentadas al órgano interventor para que emitiera informe, todo lo cual generaba la nulidad de la resolución que acordaba la devolución de las cantidades.

III. LA RELACIÓN Y VINCULACIÓN ENTRE LAS TAREAS DE COMPROBACIÓN ADMINISTRATIVA.

Como ya hemos expuesto anteriormente, la cuestión planteada está referida a la relación que ha predicarse respecto de las diferentes actuaciones de fiscalización o comprobación en el ámbito subvencional, y si de ellas puede derivarse un efecto vinculante para la administración, de modo que no pueda apartarse de aquéllas, sino a través de los procedimientos legalmente establecidos para dejar sin efectos los actos o resoluciones administrativas.

La cuestión no es baladí, y es objeto de un intenso debate administrativo y judicial, pues si no se reconoce una eficacia vinculante, generante de actos propios para la administración, ésta podrá ejercitar sus potestades de comprobación plenamente, sin tener en cuenta los antecedentes previos, y en su caso, acudir directamente al procedimiento de reintegro. En caso contrario, los principios de seguridad jurídica y confianza legítima impedirán realizar una nueva comprobación, y sólo podrá procederse a ella a través de los procedimientos tendentes a anular los actos previos, con los límites legalmente establecidos.

El análisis tiene dos vertientes claramente diferenciadas: la relación que se produce dentro del procedimiento subvencional, es decir entre la actividad inicial fiscalización, destinada a la liquidación y pago de la subvención y la propia actividad de comprobación desarrollada por el órgano gestor al amparo de los arts. 32 LGS y 84 del Reglamento General de Subvenciones aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio (en adelante RGS); y la relación generada entre procedimientos diferentes, esto es, entre la comprobación llevada a cabo por el órgano gestor en el ejercicio de las potestades antes señaladas y el procedimiento de control financiero desarrollo por el órgano interventor.

Centrándonos ahora en la primera de estas vertientes, es decir la vinculación entre actuaciones dentro del procedimiento subvencional, el análisis debe comenzar recordando la reiterada jurisprudencia según la cual el principio de confianza legítima despliega sus efectos en relación a los aspectos donde tenga cabida la discrecionalidad o la autonomía administrativa, mas no en los aspectos reglados o exigencias normativas (SSTS 2-12-09 y 18-10-2012 entre otras). Como expone la STS Sentencia núm. 631/2017 de 6 abril *“la confianza legítima generada por actuación propia que necesariamente ha de proyectarse al ámbito de la discrecionalidad o de la autonomía, no al de los aspectos reglados o exigencias normativas frente a las que, en el Derecho Administrativo, no puede prevalecer lo resuelto en acto o en precedente que fuera contrario a aquéllos. O, en otros términos, no puede decirse que sea legítima la confianza que se deposite en un acto o precedente que sea contrario a norma imperativa”*.

E igualmente, que la subvención no es un acto declarativo de derechos, sino que consiste en una donación modal "ad causam futurum" por la que un organismo público asume parte de la carga financiera de otro organismo de carácter inferior o de un particular, con una finalidad de interés general, pero específica y determinada, de tal modo que la efectividad de la subvención queda condicionada al cumplimiento por el beneficiario de dicha finalidad, y en caso de incumplimiento de la misma la Administración ha de dejar sin efecto la subvención lo que constituye más que una revocación del primer acuerdo, la constatación de que

falta su presupuesto causal (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1.991 , entre otras).

A la comprobación de las subvenciones, dedica la LGS su art. 32 *“El órgano concedente comprobará la adecuada justificación de la subvención, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinen la concesión o disfrute de la subvención”*. Y el RGS, su art. 84 *“El órgano concedente de la subvención llevará a cabo la comprobación de la justificación documental de la subvención, con arreglo al método que se haya establecido en sus bases reguladoras, a cuyo fin revisará la documentación que obligatoriamente deba aportar el beneficiario o la entidad colaboradora”*.

Ello, debe ser compaginado con la normativa específica de la subvención correspondiente, en el supuesto analizado, era la Orden de 23 de octubre de 2009, que diferenciaba entre una primera fase de pago y liquidación, hasta el 75% en concepto de anticipo a partir de la concesión, y una vez justificado al menos el 25%, hasta el 25% restante, procediéndose ulteriormente a la liquidación conforme a la justificación presentada (art. 99), y una segunda fase de comprobación técnico-económica por el órgano gestor (art. 102), cuyo resultado determinaba el inicio del correspondiente procedimiento de reintegro y su alcance.

Fácilmente, se puede concluir que, ni la concesión de la subvención, ni su ulterior liquidación y pago suponen reconocimiento de derecho alguno al beneficiario que pueda anteponerse frente al ejercicio de las facultades de control que por imperativo legal corresponden a los órganos administrativos. Ello, además debe ponerse en relación con la propia naturaleza de estas actuaciones administrativas, de carácter provisional o interinas y que no comportan un pronunciamiento definitivo o firme por parte del órgano gestor en relación con la justificación presentada, sometida en todo caso al ejercicio de las facultades de comprobación. Lo contrario, supondría dejar pura y simplemente sin contenido la facultad de comprobación atribuida al órgano gestor por los arts. 32 LGS y 84 RGS, pues en tanto ésta se pretendiera desarrollar con posterioridad a los actos de liquidación y pago, quedaría encorsetada por lo acordado en ellos y su carácter vinculante respecto de la facultad comprobatoria de la administración.

De este modo, no es posible hablar de actos propios, generantes de una situación inatacable para el beneficiario de la subvención, por cuanto nos encontramos ante el ejercicio de actuaciones de control, que legalmente corresponden al órgano administrativo, estando sometido el beneficiario, por imperativo legal, a las mismas, y en su caso, al precedente reintegro, cuando concurra causa justificativa ex art. 37 LGS, en tanto no prescriba el derecho de la administración (art. 39).

Muy interesante a tales efectos, resulta el Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia ahora comentada que al albur del análisis de la inadecuación de proce-

dimiento planteada de contrario y partiendo de la distinción recogida en las bases reguladoras entre fase de liquidación y pago y fase de comprobación, destaca el criterio unánime de nuestro Tribunal Supremo¹, aún antes de la entrada en vigor de la vigente LGS, en el sentido de descartar que el control administrativo ulterior resultara contrario a la doctrina de los actos propios y confianza legítima, suponiendo en definitiva, la revisión de un acto declarativo de derechos.

A continuación, la Sentencia de referencia añade una aclaración que viene a corroborar positivamente los argumentos hasta ahora expuestos, por cuanto que la configuración de esta subvención que preveía su liquidación una vez efectuada y justificada la actividad, no impide el ejercicio de la actividad administrativa de comprobación de los requisitos de la subvención, verificando el cumplimiento de sus fines. Efectivamente, podría pensarse y argumentarse que el sistema subvencional diseñado, mediante la actuación administrativa de liquidación una vez ejecutada la actividad subvencional y presentada la justificación por el beneficiario, conlleva, por parte del órgano gestor, un conocimiento suficiente de los elementos necesarios para emitir un pronunciamiento que, en definitiva, constituya un acto propio del que posteriormente no pueda apartarse mediante el ejercicio de la facultad de comprobación en virtud del principio de confianza legítima. Sin embargo, la meritada Sentencia, entendemos que con acertado criterio, aclara que la liquidación no es más que un control inicial del órgano gestor, caracterizado por las notas de provisionalidad e internidad, de modo que no constituye pronunciamiento administrativo definitivo que pueda causar estado sobre las cosas, encontrándose sometido al legítimo ejercicio de las potestades de comprobación ex arts. 32 LGS y 84 RGS, a fin de verificar el cumplimiento de los objetivos de la subvenciones (art. 2 LGS).

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, considera que lo determinante de la legalidad del ulterior reintegro radica en determinar si previamente la propia Administración ha llevado a cabo la labor de comprobación y fiscalización de la subvención y de los gastos realizados para el desarrollo de la actividad subvencionada. Si así fuera, el inicio de un nuevo expediente, con idéntica finalidad, sería contrario a derecho. No sólo el derecho de la Administración a reconocer o liquidar el reintegro prescribe a los cuatro años (art. 39 LGS), declara la citada Sección en Sentencia de 18 de abril de 2017, Recurso de apelación 604/2015, sino que si se hubiera iniciado anteriormente un procedimiento con idéntico fin al que justifica el posterior de reintegro, éste devendría nulo en la medida en que ya ha existido un

¹ Siendo indicativa de tal criterio la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2009, Recurso 993/2007.

previo pronunciamiento administrativo sobre el mismo asunto que, adquiriendo firmeza, y en base al principio de legalidad y seguridad jurídica, no puede ser reabierto indefinidamente.

Este pronunciamiento es coincidente con el mantenido por la Sección Primera de la misma Sala en Sentencia 12 de diciembre de 2017, Recurso 109/2016, que considera que realizada la actuación administrativa de comprobación de la subvención, comprobado que la actividad se ha desarrollado, que el gasto ha sido adecuado y justificado, solo es posible la comprobación administrativa mediante el procedimiento de control financiero con sometimiento a las específicas normas que lo regulan dado que al existir el previo pronunciamiento administrativo no cabe uno nuevo en base al principio de legalidad y seguridad jurídica.

La cuestión, entendemos, radica en determinar cuándo ha de considerarse producida una verdadera actuación administrativa de comprobación de conformidad con los art. 32 LGS y 84 RGS con eficacia vinculante, o, dicho de otro modo, a qué concretas actuaciones administrativas dentro del procedimiento subvencional deben reconocérseles trascendencia a los efectos de impedir el ulterior inicio y desarrollo de un procedimiento de comprobación administrativa, por existir un previo pronunciamiento administrativo que lo impida en virtud del principio de confianza legítima. De este modo, no toda actuación administrativa en el seno del procedimiento subvencional, aún cuando en ella se haya producido una cierta tarea fiscalizadora de la actividad del beneficiario debe entenderse hábil para provocar el efecto vinculante, sino sólo aquellas que verdaderamente constituyan el ejercicio de las potestades administrativas de comprobación configuradas por el legislador en los arts. 32 LGS y 84 RGS, dando lugar a actos definitivos y firmes. No deben integrarse en dicho concepto actuaciones meramente instrumentales, tendentes únicamente al examen de la corrección formal de la documentación presentada, es decir, si ésta es la exigida por la normativa reguladora de la subvención y si, en su caso, se encuentra completa, ni aquellas que por su naturaleza sólo tiene carácter provisional, no constituyendo un examen exhaustivo y completo. En definitiva, sólo podrán integrarse en aquél concepto aquellas actuaciones que por su significado, carácter definitivo y alcance verdaderamente supongan el análisis de la adecuada justificación de la subvención, la realización de la actividad y el cumplimiento de su finalidad.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 15 de julio de 2008, Recurso de Casación núm. 7453/2005, reconoció que los actos tendentes a la liquidación, incluso los aprobatorios de la misma, son meros acto de trámite independientes de los relativos al cumplimiento de la subvención. De este modo, las actuaciones tendentes a la liquidación y pago de la subvención, aun cuando integren

actuaciones de fiscalización, no dejan de ser actuaciones previas o iniciales, caracterizadas por su provisionalidad, no constituyendo actos definitivos y firmes, no siendo susceptibles de crear un precedente vinculante para la administración que pueda ser constitutivo de una actuación obstativa al posterior ejercicio de las facultades de comprobación definitiva. Sólo, el desarrollo de éstas, conforme a los arts. 32 LGS y 84 RGS, puede ser un elemento constitutivo de una situación de confianza que haga indebida la comprobación ulterior, salvo a través del procedimiento de control financiero.

Resulta especialmente interesante la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 18 enero 2012, Recurso 165/2011, que en relación con la normativa en materia de Planes de Formación Continua concluye que el procedimiento de reintegro es un procedimiento totalmente independiente del de liquidación, limitándose éste último a comprobar la justificación de costes mediante documentos de valor contable, y dirigiéndose el procedimiento de reintegro a la devolución de las cantidades que correspondan como consecuencia de aquellos incumplimientos comprobados por la Administración, en el ejercicio de las facultades de comprobación, verificación y control, cuando resulta una falta de veracidad en las declaraciones contenidas en la solicitud de subvención, o la alteración de las condiciones en que se formuló la ejecución del plan, pudiendo ser previo, simultáneo o posterior a la resolución de liquidación.

En análogos términos la Sentencia de 20 de octubre de 2015, Recurso 756/2014, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, afirma que el hecho de que se haya producido una comprobación inicial, con resultado favorable, no impide que la Administración pueda efectuar ulteriores controles y, en caso de apreciar irregularidades en las condiciones para la obtención de la ayuda, iniciar el procedimiento de reintegro. Esta forma de proceder, considera la Sala sentenciadora, no atenta a la seguridad jurídica ni al principio de confianza legítima, toda vez que se encuentra limitada temporalmente la comprobación al plazo de prescripción recogido en la LGS; siendo conocedor el solicitante de la ayuda de la facultad de comprobación de la Administración. No puede invocarse el principio de confianza legítima para tratar de mantener situaciones contrarias al ordenamiento jurídico.

Lo anterior, debe conectarse indisolublemente con la doctrina jurisprudencial sobre el principio de confianza legítima ya expuesta, en el sentido de que sólo es predicable en relación con aquellos ámbitos de discrecionalidad o autonomía administrativa. La elegibilidad o no del gasto, la falta de justificación, y en general las causas que pueden dar lugar al reintegro y consecuente a la obligación de recuperar los

caudales del Tesoro Público, no son ámbitos en los que la administración cuente con margen de discrecionalidad o autonomía, sino que aparecen predeterminados por las normas reguladoras de las subvenciones. Los arts. 32 LGS y 84 RGS al regular la comprobación de las subvenciones, establecen una verdadera potestad/obligación para la administración, que no puede dejar de fiscalizar la adecuada justificación de la subvención, la realización de la actividad y el cumplimiento de su finalidad, velando por la adecuada utilización de los caudales públicos, y exigiendo, cuando de dichas actuaciones se ponga de manifiesto, a través del procedimiento de reintegro, las cantidades indebidamente aplicadas.

A tales efectos, la STS de 19 diciembre 2014, Recurso de Casación 5841/2011 rechaza la vulneración del principio de confianza legítima, considerando que carece manifiestamente de fundamento el alegato relativo a que el acto de reconocimiento de la obligación de pago de la subvención impida a la Administración concedente de la ayuda pública iniciar el procedimiento de reintegro, por ser contraria, a la consolidada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, formulada en relación con la naturaleza jurídica de la subvención, y, porque, en el supuesto enjuiciado, se aportaron suficientes elementos probatorios que justificarían el incumplimiento de algunas de las obligaciones contraídas por el beneficiario, que serían determinantes para proceder a incoar expediente de reintegro, recordando la consolidada doctrina jurisprudencial entorno al principio de confianza legítima.

A la misma conclusión parece llevarnos el análisis de la obligación impuesta al beneficiario en el art. 14.1 g) LGS en cuanto debe conservar los documentos justificativos de la aplicación de los fondos recibidos en tanto puedan ser objeto de las actuaciones de comprobación y control, pues resultaría, cuanto menos, poco congruente dicha obligación si las actuaciones iniciales tendentes a la fiscalización y pago, impedirían la ulterior comprobación, careciendo de sentido la obligación impuesta en dicho precepto de conservar los documentos justificativos en tanto puedan ser objeto de actuaciones de comprobación.

Finalmente, destacaremos los diversos pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso-administrativo con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, dictados en los procedimientos derivados de la inactividad de la administración en la liquidación y pago de subvenciones, por ejemplo, en Sentencia de 20 de septiembre de 2016, -Recurso 336/2016-, y en los que dicho Tribunal, tras considerar que la administración debió abonar dicha cantidad en el plazo de tres meses desde que se solicitó la liquidación y pago conforme a los arts, 34 LGS y 84 RGS, declara que ello debe entenderse sin perjuicio de que la Administración pueda comprobar las condiciones asumidas por el beneficiario e iniciar si procediera un expediente de minoración o reintegro en caso de incumplimiento. En definitiva, se

está reconociendo expresamente que tras la actuación de liquidación y pago, que sólo tendría carácter provisional y no vincularía a la administración impidiendo actuaciones fiscalizadoras posteriores, cabe la comprobación administrativa y de acuerdo con el resultado de la misma, iniciar el oportuno procedimiento de minoración o reintegro.

No obstante, y frente a lo hasta ahora argumentado no podemos dejar de señalar que existen determinados pronunciamientos judiciales que atribuyen virtualidad a las actuaciones previas tendentes a la liquidación y pago, derivando de la misma un efecto vinculante para la administración, por ejemplo la ya citada Sentencia de 18 de abril de 2017, Recurso de apelación 604/2015, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que considera que una vez fiscalizada la subvención y determinada cual debe ser el importe definitivo de la subvención, procediendo a su liquidación, con abono de lo pendiente o reintegro de lo indebidamente percibido, según cual sea su resultado, no cabe regresar sobre tal cuestión, sustituyendo el anterior criterio sin poner en funcionamiento el procedimiento legalmente previsto para la revisión de actos administrativos que han devenido definitivos y firmes.

Sería quizás procedente un pronunciamiento del Tribunal Supremo que en el ejercicio de su función nomofiláctica clarifique de una vez por todas la cuestión, determinando el concreto alcance que ha de reconocerse a estas actuaciones previas tendentes a la liquidación y pago de la subvención, y si de las mismas puede realmente derivarse un acto con eficacia vinculante para la administración en el sentido de impedir la comprobación administrativa ulterior.

Menos dudas genera la relación entre las actuaciones previas llevadas a cabo por el órgano gestor en el seno del procedimiento subvencional, ya sean dirigidas a la liquidación y pago de la subvención, ya a la comprobación conforme a los arts 32 LGS y 84 RGS, y la actividad formal de comprobación desarrollada por el órgano interventor en el marco de un procedimiento de control financiero ex arts 44 a 51 LGS.

Es unánime la doctrina hoy día en conceptuar el procedimiento de control financiero de subvenciones como un verdadero procedimiento administrativo, que se sitúa en un plano ajeno y separado de los procedimientos relativos o que siguen a la concesión de una subvención, diferenciándose precisamente de éstos en su carácter contingente y no derivado imperativamente de la ley. Efectivamente, el procedimiento de comprobación administrativa que el órgano gestor desarrolla al amparo de los arts. 32 LGS y 84 RGS *“El órgano concedente de la subvención llevará a cabo la comprobación de la justificación documental de la subvención, con arreglo al método que se haya establecido en*

sus bases reguladoras, a cuyo fin revisará la documentación que obligatoriamente deba aportar el beneficiario o la entidad colaboradora”, se origina o integra en el seno del procedimiento subvencional, es decir, dentro del conjunto de actuaciones que integran la actividad administrativa de concesión de subvenciones y que arranca con el propio acto de concesión, encontrando su cierre en esta comprobación administrativa desarrollada con el fin de advenir el correcto y adecuado destino de las cantidades entregadas. Frente a ello, aparece el control financiero de subvenciones, que, como decimos, no se integra en la estructura ordinaria del procedimiento subvencional, quedando al margen de los procesos de comprobación ordinarios, con estructura propia, aunque finalidad coincidente con éstos. De igual modo, el procedimiento de control financiero está caracterizado por el órgano que lo desarrolla, el órgano interventor, frente a la comprobación administrativa ordinaria, desarrollada por el órgano gestor. Como señala Garcés Sanagustín², en el control financiero de subvenciones irrumpe un órgano ajeno a la originaria relación subvencional, que actúa bajo unas condiciones regladas, tanto desde el punto de vista de sus facultades y deberes, como del propio procedimiento de control.

El procedimiento de control financiero de subvenciones aparece regulado en los arts. 44 a 51 LGS. Dicha regulación, conforme a la D.F 1ª carece de carácter básico, a excepción de los arts. 45 (Control financiero de ayudas y subvenciones financiadas total o parcialmente con cargo a fondos comunitarios) y 46 (Obligación de colaboración). En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía el control financiero de subvenciones aparece regulado en los arts. 95 y 95 bis del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo (en adelante TRLGHJA), que, si bien no regula todos los aspectos procedimentales previstos en la legislación estatal, si introduce determinadas peculiaridades procedimentales. De este modo, la normativa autonómica deberá ser compaginada con la estatal, que aun a pesar de carecer de carácter básico, resulta de aplicación por vía analógica según vienen reconociendo recurrentemente los Tribunales de Justicia, ante la carencia de una regulación específica autonómica de aplicación – entre otras Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-administrativo con sede en Granada núm. 1137/2014 de 21 abril.

Como hemos señalado, menos dudas ha generado la posible vinculación del procedimiento de control financiero con actuaciones previas. Su fundamento debemos encontrarlo en el carácter más específico y técnico del control desarrollado por el

² Garcés Sanagustín, Mario. El control financiero de las subvenciones otorgadas a federaciones deportivas. Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento num. 20/2007. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2007.

órgano interventor frente al inicial del gestor que hace que aquél no se vea vinculado positiva ni negativamente por lo acordado en este último. Muy expresivo es el art. 43 LGS, que bajo la rúbrica “Coordinación de actuaciones” dispone: “*El pronunciamiento del órgano gestor respecto a la aplicación de los fondos por los perceptores de subvenciones se entenderá sin perjuicio de las actuaciones de control financiero que competen a la Intervención General de la Administración del Estado*”. El precepto es claro respecto de esta idea, en el sentido de que no es oponible frente a las actuaciones de control financiero, el previo pronunciamiento llevado a cabo por el órgano gestor, aun cuando este hubiera tenido por adecuadamente justificado y aplicado el gasto. Abunda en ello, el art. 92.2 RGS³ que entiende por incumplimiento de la obligación de justificación, los incumplimientos detectados, de forma alternativa, por la administración en sus actuaciones de comprobación o de control financiero.

Ello, ya fue puesto de manifiesto por el Tribunal Supremo en Sentencia STS de 16 de junio de 2003, Rec. 8832/1998, y de 15 de abril de 2009, Rec. 5369/2006, en el sentido de que la ausencia de reparos por parte de la Administración gestora de la subvención no excluye en sí misma o por sí sola el posterior control financiero de la Intervención, ni el reintegro de lo percibido o de parte de ello si así procediera. Es decir, que el hecho de que la Administración gestora de la subvención no entendiese injustificados los gastos, no supone que los órganos de control financiero no puedan realizar un posterior control. Ello es debido a que la subvención pública, en la medida en que constituye una modalidad de gasto público, está sujeta a los controles específicos que se ejercen sobre la actividad financiera, si bien con matices y peculiaridades. Por lo tanto, con independencia de lo que en principio haya acordado la Administración gestora de la subvención, caben controles financieros posteriores, tanto internos (por parte del órgano gestor), como externos (Tribunal de Cuentas), sin que ello suponga que la Administración actúa contra sus propios actos o que lesione de los principios de buena fe y confianza legítima, ya que dichos controles, cuya legitimidad arranca del art. 31 CE, se encuentran establecidos en la normativa vigente. Sin que pueda alegarse que existe lesión de la buena fe o del principio de confianza cuando la Administración, simplemente, ejecuta los controles establecidos en la ley.

E igualmente, en la STS de 15 abril 2009, Recurso de Casación núm. 5369/2006, que llevó a nuestro Alto Tribunal a considerar que cabía deducir con toda naturalidad que la ausencia de reparos por parte de la Administración gestora

³ Art.92.2 RGS: “*Se entenderá incumplida la obligación de justificar cuando la Administración, en sus actuaciones de comprobación o control financiero, detectara que en la justificación realizada por el beneficiario se hubieran incluido gastos que no respondieran a la actividad subvencionada, que no hubieran supuesto un coste susceptible de subvención, que hubieran sido ya financiados por otras subvenciones o recursos, o que se hubieran justificado mediante documentos que no reflejaran la realidad de las operaciones*”.

de la subvención no excluye en sí misma o por sí sola el posterior control financiero de la Intervención, ni el reintegro de lo percibido o de parte de ello si así procediera. Son las normas reguladoras del control financiero, más las específicas del control y del procedimiento de reintegro de las subvenciones, así como las relativas al plazo de prescripción del derecho a exigirlo, las que satisfacen los principios de legalidad y de seguridad jurídica.

En el ámbito autonómico, la ya señalada Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 12 de diciembre de 2017, Recurso 109/2016, que considera que el hecho de que se hubiere producido una comprobación con resultado favorable y abono no impediría que la Administración pueda realizar ulterior control y en caso apreciar irregularidades iniciar el procedimiento de reintegro, si bien deberá respetar el procedimiento de control financiero.

En estos términos se pronuncia la Sentencia ahora comentada en su Fundamento Jurídico Sexto, en el que previa referencia a la jurisprudencia en relación al principio de confianza legítima concluye, con cita de la STS de 11 de marzo de 2009 antes referenciada, que la Administración está facultada para realizar las comprobaciones que estime pertinentes sin que el resultado de las comprobaciones iniciales desarrolladas por el órgano gestor vinculen las ulteriores comprobaciones, no suponiendo en ningún caso, quebrando de la doctrina de actos propios, y de confianza legítima ni de la revisión de actos declarativos de derechos.

IV.- PROCEDIMIENTO DE CONTROL FINANCIERO. INCIDENCIAS Y EFICACIA SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE REINTEGRO.

Como hemos expuesto con anterioridad el procedimiento de control financiero en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía aparece regulado en los arts. 95 y 95 bis del TRLGJHA, cuyas previsiones deberán ser completadas en lo no previsto por lo establecido en los arts 44 a 51 LGS.

De este modo, cuando la administración acude en el ejercicio de su potestad de comprobación al procedimiento de control financiero, debe hacerlo con sujeción al procedimiento legalmente establecido, como carga impuesta a la administración y derivada del sometido de ésta al principio de legalidad (art. 103 CE).

El debate se plantea cuando la administración incurre en infracciones procedimentales, por ejemplo no cumpliendo los plazos impuestos, entorno a qué concreta eficacia tienen dichas patologías sobre el posterior procedimiento de reintegro al que el control financiero da lugar y que ha servido de base para acordar la recuperación de cantidades del Tesoro Público. ¿Deben tener tal fuerza invalidante los

vicios que se comuniquen al procedimiento de reintegro, anulando el mismo? O, por el contrario, ¿su eficacia ha de quedar limitada al previo procedimiento de control financiero?

La primera incidencia sobre el procedimiento de control financiero que aborda la Sentencia comentada es la relativa a la omisión del derecho del beneficiario a que se le diera traslado con anterioridad al acuerdo de inicio del procedimiento de reintegro del informe en que se documenta el procedimiento de control financiero.

Los arts. 50.2 LGS y 95.2 bis TRLGHJA imponen la necesaria notificación al interesado del informe al que las actuaciones de control financiero den lugar. Dichas normas no supone más que la transcripción al procedimiento de control financiero de la regla general según la cual se notificarán a los interesados las resoluciones y los actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses (art. 40 LPACAP). Una copia se remitirá al órgano gestor que concedió la subvención.

Partiendo de estas normas, la Sentencia analiza las consecuencias de su omisión sobre la base de la indefensión que la misma ha producir en el beneficiario. Es tradicional en este materia la jurisprudencia⁴ según la cual los vicios formales solo dan lugar a la anulación del acto en tanto que se haya producido una situación de indefensión real y efectiva en perjuicio de concretos derechos o intereses legítimos, de modo que hay que diferenciar entre supuestos de indefensión meramente formal, en que aun privándose de las posibilidades de alegación o prueba a algún trámite procedimental no ha tenido trascendencia para resolver el procedimiento al no afectar a los derechos materiales del interesado, de aquellos supuestos de indefensión material, en que aquellos derechos si resultan afectados al impedir el ejercicio de los mismos o articular correctamente una pretensión.

En el concreto ámbito del procedimiento de control financiero encontramos la Sentencia de la Audiencia Nacional en Sentencia de 10 febrero 2011, Recurso núm. 61/2010, transcrita por la ahora comentada y cuya doctrina es asumida plenamente. Dicha Sentencia, partiendo de que la falta de notificación del informe solo resulta relevante cuando su ausencia haya generado indefensión a la parte, concluye que la notificación del inicio del expediente de reintegro al que da lugar el procedimiento de reintegro, permite al beneficiario alegar, con pleno conocimiento de aquél, cuanto considere conveniente en su defensa, por lo que no es posible hablar de efectiva indefensión, careciendo de relevancia anulatoria la falta de notificación expresa del informe.

⁴ Entre otras, Sentencia 2931/2013, de 14 de octubre de la Sala con sede en Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

También debemos destacar en este ámbito, la más reciente doctrina de nuestro Tribunal Supremo plasmada en la Sentencia núm. 2336/2016 de 2 noviembre que destaca la necesidad de notificar al interesado el informe de control financiero con la apertura del expediente de reintegro ya que con dicha notificación se abre un plazo de alegaciones al interesado, lo que sólo podría hacer con respeto a su derecho de defensa en caso de conocer las razones que han conducido a la apertura del referido expediente. No ocurre lo mismo, en caso de que no se inicie expediente de reintegro, lo que no puede ocasionar perjuicio al interesado, ya que eso significaría que la Administración ha verificado la regularidad de la subvención y de su utilización por el interesado sin haber encontrado irregularidades que deban conducir al reintegro de la subvención.

Resuelta la anterior cuestión, la Sentencia de referencia entra en la omisión de trámites preceptivos invocada. El art. 51 LGS impone al órgano gestor la obligación de incoar procedimiento de reintegro, cuando así derive del control financiero, o en caso contrario, formular la oportuna discrepancia en el plazo de 1 mes, notificándolo al interesado, de todo lo cuál deberá dar debida comunicación en idéntico plazo al órgano interventor. Dicho plazo en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía dicho plazo se eleva a 2 meses conforme al art. 95.4 bis del TRLGHJA. Iniciado el expediente de reintegro, deberá darse traslado también de las alegaciones presentadas al órgano interventor para que emita informe.

Sin embargo, la superación de dicho plazo previsto para la incoación del expediente de reintegro no tiene efecto invalidante como ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de marzo de 2016 -Recurso de Casación num. 7/2013- que considera que dicho plazo no es de caducidad pues no nos encontramos ante un procedimiento autónomo sino una fase intermedia entre el informe de la intervención y la eventual iniciación del procedimiento de reintegro, en la que surgida una controversia entre los órganos de la administración sobre la procedencia de iniciar o no el procedimiento de reintegro se establecen unos trámites internos, sin intervención alguna de los afectados dado que todavía no se ha iniciado contra ellos el procedimiento de reintegro, destinadas a resolver dicha controversia, por lo que no es posible hablar de caducidad del procedimiento, recordando además que conforme que art. 48.3 LPACAP que establece que la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.

Finalmente, en relación con la falta de comunicación del inicio del procedimiento de reintegro al órgano interventor y de traslado a éste para que emitiera informe sobre las alegaciones presentadas por el beneficiario, la Sala sentenciadora

destaca que dichos trámites no están previstos en la normativa autonómica, sin perjuicio de lo cual, acudiendo de nuevo a la doctrina anterior concluye que no es posible reconocer a su omisión eficacia invalidante pues ninguna indefensión generan. Ello es plenamente lógico y coherente pues se trata en definitiva de actos meramente internos de la administración que ninguna eficacia tienen sobre el administrado, no trascendiendo a su esfera jurídica ni generando lesión alguna sobre el mismo.

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.

¹ Subsección preparada por FRANCISCO ESCRIBANO LÓPEZ, Catedrático de Derecho Financiero, Universidad de Sevilla.

VII. Economía y Hacienda.

- A. Principios generales.
- B. Presupuestos.
- C. Organización territorial.
- D. Tribunal de Cuentas.

Sentencia 59/2017, de 11 de mayo de 2017 (BOE de 15 de junio de 2017). Ponente: Andrés Ollero Tassara (Cuestión de inconstitucionalidad)

Preceptos constitucionales: 31;

otros:

Objeto: Planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Jerez de la Frontera, en relación con diversos preceptos del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo. Principio de capacidad económica y prohibición de confiscatoriedad: nulidad de los preceptos legales que regulan el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana, en la medida que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor (SSTC 26/2017 y 37/2017).

Antecedentes Jurisprudenciales citados (SSTC y AATC): STC 26 y 39/2017

Materias: Principio de capacidad económica.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Jerez de la Frontera ha planteado una cuestión inconstitucionalidad en relación con el artículo 107 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (en adelante, LHL), por posible infracción del principio de capacidad económica (art. 31.1 CE). Precisaré el TC que aun cuando se cuestiona por el órgano judicial el artículo 107 LHL en su totalidad, en la medida en que la liquidación impugnada en el proceso a quo deriva de la transmisión onerosa de unos terrenos, deben quedar fuera del objeto las letras b), c) y d) de su apartado 2; en la medida en que se acogen las reglas para la determinación del valor de terreno en la constitución y transmisión de derechos reales de goce limitativos del dominio [letra b)]; en la constitución o transmisión del derecho a elevar una o más plantas sobre un edificio o terreno, o del derecho de realizar la construcción bajo suelo sin implicar la existencia de un derecho real de superficie [letra c)]; y en las expropiaciones forzosas [letra d)]; al no ser de

aplicación al supuesto de hecho del que trae causa el presente proceso constitucional, dado que el órgano judicial no ha fundado su aplicabilidad ni tampoco la medida en la que la decisión del proceso a quo depende de la validez de los apartados b), c) y d) del artículo 107.2 LHL, estos deben quedar excluidos del objeto de la cuestión. Considerará el órgano cuestionante que la ley atribuye, en todo caso, un resultado positivo (un incremento de valor) por la aplicación de unas reglas de determinación de la base imponible que no pueden dejar de aplicarse (dado su carácter imperativo), no contemplando la posible existencia de una minusvaloración al momento de la transmisión de los inmuebles; desde este punto de partida se estaría haciendo depender la prestación tributaria de situaciones que no son expresivas de capacidad económica y, en consecuencia, sometiendo a tributación manifestaciones de riqueza no ya potenciales, sino inexistentes o ficticias; se sostiene en defensa de la norma que se confunde el valor real con el valor catastral, pues el tributo no pretende gravar incrementos reales, al haber optado el legislador por calcular el incremento de valor derivado de la transmisión de un bien inmueble de naturaleza urbana de forma objetiva, sin atender a las circunstancias del caso concreto; concluyendo, esto permite que incluso quien transmita un inmueble por un precio inferior al de adquisición, habiendo obtenido una pérdida económica, tenga un incremento de valor sometido a tributación; será criterio del defensor de la legitimidad de la norma de que la circunstancia de que con la transmisión se evidencie una minusvalía, no convierte al tributo en contrario al principio de capacidad económica del artículo 31.1 CE y, por tanto, no es inconstitucional; porque con el hecho mismo de la transmisión se pone de manifiesto una capacidad económica susceptible de gravamen. Se traerá por el Fiscal General las SSTC 26/2017 y 36/2017 relativas a los arts. 1, 4 y 7.4, respectivamente, de las Normas Forales 16/1989, de 5 de julio, y 46/1989, de 19 de julio, reguladoras del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana en los territorios históricos de Gipuzkoa y Álava, al considerar que debe declararse la inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 107.1, 107.2 a) y 110.4 LHL, únicamente en la medida que someten a tributación situaciones de inexistencia de incremento de valor; habida cuenta que la redacción de los preceptos ahora cuestionados es idéntica a la declarada inconstitucional en aquellas Sentencias. Sostendrá el TC que sobre una duda de constitucionalidad sustancialmente idéntica a la ahora planteada ya ha habido un pronunciamiento reciente en las SSTC 26/2017 y 37/2017; al tiempo que recordará que se ha llegado a la conclusión de que el tratamiento que otorgaban las citadas normas forales a los supuestos de no incremento o, incluso, de decremento, en el valor de los terrenos de naturaleza urbana,

carecía de toda justificación razonable, al imponer a los sujetos pasivos del impuesto la obligación de soportar la misma carga tributaria que correspondía a las situaciones de incrementos derivados del paso del tiempo, con lo que se estaban sometiendo a tributación situaciones de hecho inexpresivas de capacidad económica en contra del principio garantizado en el artículo 31.1 CE (SSTC 26/2017, FJ 3, y 37/2017, FJ 3). Y continuará recordando que en una y otra Sentencia que, siendo constitucionalmente admisible que el legislador establezca impuestos que, sin desconocer o contradecir el principio de capacidad económica, estén orientados al cumplimiento de fines o a la satisfacción de intereses públicos que la Constitución preconiza o garantiza, bastando con que dicha capacidad económica exista, como riqueza o renta real o potencial en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador al crear el impuesto, para que aquél principio constitucional quede a salvo, ello debe hacerse sin que en ningún caso pueda establecer un tributo tomando en consideración actos o hechos que no sean exponentes de una riqueza real o potencial, o, lo que es lo mismo, en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea, no ya potencial, sino inexistente, virtual o ficticia (SSTC 26/2017, FJ 3; y 37/2017, FJ 3); precisión que a continuación supone que, aun cuando es plenamente válida la opción de política legislativa dirigida a someter a tributación los incrementos de valor mediante el recurso a un sistema de cuantificación objetiva de capacidades económicas potenciales, en lugar de hacerlo en función de la efectiva capacidad económica puesta de manifiesto, sin embargo, una cosa es gravar una renta potencial (el incremento de valor que presumiblemente se produce con el paso del tiempo en todo terreno de naturaleza urbana) y otra muy distinta es someter a tributación una renta irreal (STC 26/2017, FJ 3); en consecuencia, aun cuando de conformidad con su regulación normativa, el objeto del impuesto analizado es el incremento de valor que pudieran haber experimentado los terrenos durante un intervalo temporal dado, que se cuantifica y somete a tributación a partir del instante de su transmisión, el gravamen, sin embargo, no se anuda necesariamente a la existencia de ese incremento sino a la mera titularidad del terreno durante un período de tiempo computable que oscila entre uno (mínimo) y veinte años (máximo); apreciará, por eso el TC que basta con ser titular de un terreno de naturaleza urbana para que se anude a esta circunstancia, como consecuencia inseparable e irrefutable, un incremento de valor sometido a tributación que se cuantifica de forma automática, mediante la aplicación al valor que tenga ese terreno a efectos del impuesto sobre bienes inmuebles al momento de la transmisión, de un porcentaje fijo por cada año de tenencia, con independencia no sólo del quantum real del mismo, sino de la propia existencia de ese incremento

(SSTC 26/2017, FJ 3; y 37/2017, FJ 3). Concluirá el TC que, sin embargo, parece claro que la circunstancia de que el nacimiento de la obligación tributaria se hiciese depender, entonces y también ahora, de la transmisión de un terreno, podría ser una condición necesaria en la configuración del tributo, pero, en modo alguno, puede erigirse en una condición suficiente en un tributo cuyo objeto es el incremento de valor de un terreno. En consecuencia es criterio del Tc que al hecho de esa transmisión hay que añadir, por tanto, la necesaria materialización de un incremento de valor del terreno, exponente de una capacidad económica real o, por lo menos, potencial; por ello, cuando no se ha producido ese incremento en el valor del terreno transmitido, la capacidad económica pretendidamente gravada deja de ser potencial para convertirse en irreal o ficticia, violándose con ello el principio de capacidad económica (art. 31.1 CE) (STC 37/2017, FJ 3). Recordará el TC cómo en su STC 26/2017 se consideró que los preceptos cuestionados fingen, sin admitir prueba en contrario, que por el solo hecho de haber sido titular de un terreno de naturaleza urbana durante un determinado período temporal (entre uno y veinte años), se revela, en todo caso, un incremento de valor y, por tanto, una capacidad económica susceptible de imposición, impidiendo al ciudadano cumplir con su obligación de contribuir, no de cualquier manera, sino exclusivamente ‘de acuerdo con su capacidad económica’ (art. 31.1 CE); al establecer el legislador la ficción de que ha tenido lugar un incremento de valor susceptible de gravamen al momento de toda transmisión de un terreno por el solo hecho de haberlo mantenido el titular en su patrimonio durante un intervalo temporal dado, soslayando aquellos supuestos en los que no se haya producido ese incremento, lejos de someter a tributación una capacidad económica susceptible de gravamen, les estaría haciendo tributar por una riqueza inexistente, en abierta contradicción con el principio de capacidad económica del citado artículo 31.1 CE (SSTC 26/2017, FJ 3; y 37/2017, FJ 3); para concluir, la crisis económica ha convertido lo que podía ser un efecto aislado –la inexistencia de incrementos o la generación de decrementos– en un efecto generalizado, al que necesariamente la regulación normativa del impuesto debe atender, pues las concretas disfunciones que genera vulneran las exigencias derivadas del principio de capacidad económica (SSTC 26/2017, FJ 4; y 37/2017, FJ 4). Concluirá el TC que por esas mismas razones, debe aquí que el tratamiento que los preceptos cuestionados de la Ley reguladora de haciendas locales otorgan a los supuestos de no incremento, o incluso de decremento, en el valor de los terrenos de naturaleza urbana, gravan una renta ficticia en la medida en que, al imponer a los sujetos pasivos del impuesto la obligación de soportar la misma carga tributaria que corresponde a las situaciones de incrementos derivados del paso del tiempo,

está sometiendo a tributación situaciones de hecho inexpresivas de capacidad económica, lo que contradice frontalmente el principio de capacidad económica que garantiza el artículo 31.1 CE. En consecuencia, los preceptos cuestionados deben ser declarados inconstitucionales, aunque solo en la medida en que no han previsto excluir del tributo las situaciones inexpresivas de capacidad económica por inexistencia de incrementos de valor (SSTC 26/2017, FJ 3; y 37/2017, FJ 3). Sin que tal conclusión pueda salvarse en atención a las consideraciones de la defensa de la legitimidad de la norma en el sentido de que los ayuntamientos podrían adoptar de conformidad con la normativa reguladora del impuesto: de un lado, la reducción de valor catastral en hasta un 60 por 100 durante los cinco años siguientes a su revisión; de otro, la actualización, incluso a la baja, de los valores catastrales; en consecuencia considera el TC que no sólo en aquellos supuestos en los que los Ayuntamientos no hayan previsto aquella reducción no quedaría sanada la situación que se considera inconstitucional, sino que también en aquellos otros en los que eventualmente hubieran podido prever la citada reducción, lo único que se estaría consiguiendo, caso de no estimarse un incremento, sería aminorar su importe, pero no evitarlo, lo que en modo alguno sanaría la vulneración del principio de capacidad económica del artículo 31.1 CE. Se reconocerá como cierto que los valores catastrales pueden ser objeto de una actualización, incluso a la baja, por aplicación de los coeficientes previstos en las leyes de presupuestos generales, consiguiéndose con ello, eventualmente, la reducción del importe del tributo cuestionado; reconocerá el TC que siendo consciente el legislador estatal de que las circunstancias del mercado inmobiliario han cambiado como consecuencia de la crisis económica y, por tanto, de que los valores catastrales a partir de los cuales se determina el incremento del valor sometido a tributación se han visto afectados negativamente, introdujo —desde el ejercicio 2014— la posibilidad de aplicar unos coeficientes de actualización del valor catastral que no sólo sirven, en unos casos, para aumentarlo, sino también, en otros supuestos, para reducirlo. A diferencia de lo que venía sucediendo hasta el año 2013, cuando se aplicaba un único coeficiente de actualización del valor catastral de los bienes inmuebles, el artículo 16 de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica, dio nueva redacción al artículo 32 del texto refundido de la Ley del catastro inmobiliario, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, para prever la posibilidad de actualizar los valores catastrales de los bienes inmuebles urbanos, a petición de los ayuntamientos, siempre que se hubiesen puesto de manifiesto diferencias sustanciales entre los valores de mercado y los que

servieron de base para la determinación de los valores catastrales vigentes, y siempre que hubiesen transcurrido al menos cinco años desde la entrada en vigor de los valores catastrales derivados del anterior procedimiento de valoración colectiva de carácter general; recordará, a su vez, el TC que se vino aplicando un único coeficiente de actualización del valor catastral de los bienes inmuebles. Sin embargo, tras la modificación operada por el artículo 16 de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, la ley de presupuestos generales del Estado ha venido introduciendo unos coeficientes de actualización de los valores catastrales para su adecuación con el mercado inmobiliario, que pueden ser al alza o a la baja; la reducción prevista en las diferentes leyes de presupuestos para aquellos inmuebles cuyas ponencias de valores fueron aprobadas a partir del año 2005 intenta adecuar el valor catastral al valor del mercado inmobiliario, a efectos del impuesto sobre bienes inmuebles; en la medida que el valor catastral que tiene asignado el terreno al momento del devengo es el parámetro fundamental para determinar el incremento de valor que ha experimentado a lo largo de un período máximo de 20 años (art. 107 LHL), no cabe duda de que la actualización de aquel valor, cuando lo sea a la baja, mediante la aplicación del coeficiente previsto en la correspondiente ley de presupuestos generales del Estado (en el caso de que el ayuntamiento lo haya solicitado a la Dirección General del Catastro), provocará como consecuencia inmediata la reducción de la base imponible (incremento de valor) en el impuesto controvertido. Sin embargo, la reducción del incremento imputable al obligado tributario, en el supuesto de no estimarse un incremento, nuevamente solo serviría para minorar su importe, pero no para evitarlo, en abierta contradicción con el principio de capacidad económica del artículo 31.1 CE. Procederá, finalmente el TC a efectuar una serie de precisiones últimas sobre el alcance de su fallo, de extraordinario valor hemenéutico: que transcribimos literalmente:

a) El impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos no es, con carácter general, contrario al Texto Constitucional, en su configuración actual. Lo es únicamente en aquellos supuestos en los que somete a tributación situaciones inexpresivas de capacidad económica, esto es, aquellas que no presentan aumento de valor del terreno al momento de la transmisión. *Deben declararse inconstitucionales y nulos, en consecuencia, los arts. 107.1 y 107.2 a) LHL, «únicamente en la medida en que someten a tributación situaciones inexpresivas de capacidad económica»* (SSTC 26/2017, FJ 7; y 37/2017, FJ 5).

b) Como apunta el Fiscal General del Estado, aunque el órgano judicial se ha limitado a poner en duda la constitucionalidad del artículo 107 LHL, debemos extender nuestra declaración de inconstitucionalidad y nulidad,

por conexión (art. 39.1 LOTC) con los arts. 107.1 y 107.2 a) LHL, al artículo 110.4 LHL, teniendo en cuenta la íntima relación existente entre este último citado precepto y las reglas de valoración previstas en aquellos, cuya existencia no se explica de forma autónoma sino solo por su vinculación con aquel, el cual «no permite acreditar un resultado diferente al resultante de la aplicación de las reglas de valoración que contiene» [SSTC 26/2017, FJ 6, y 37/2017, FJ 4 e)]. Por consiguiente, debe declararse inconstitucional y nulo el artículo 110.4 LHL, al impedir a los sujetos pasivos que puedan acreditar la existencia de una situación inexpresiva de capacidad económica (SSTC 26/2017, FJ 7, y 37/2017, FJ 5).

c) Una vez expulsados del ordenamiento jurídico, ex origine, los arts. 107.2 y 110.4 LHL, en los términos señalados, debe indicarse que la forma de determinar la existencia o no de un incremento susceptible de ser sometido a tributación es algo que solo corresponde al legislador, en su libertad de configuración normativa, a partir de la publicación de esta Sentencia, llevando a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto que permitan arbitrar el modo de no someter a tributación las situaciones de inexistencia de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (SSTC 26/2017, FJ 7; y 37/2017, FJ 5).

FALLO: En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional ha decidido: Estimar la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4864-2016 y, en consecuencia, declarar que los artículos 107.1, 107.2 a) y 110.4, todos ellos del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, son inconstitucionales y nulos, pero únicamente en la medida que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor.

Véanse asimismo en directa e inmediata relación con esta Sentencia las SSTC 26/2017; 37/2017; 48/2017, así como las SSTC 57/2017 y 72/2017.

En este número se inicia la reseña de la Jurisprudencia Constitucional de 2017. Se han consultado las SSTC 1 100 de este 2017. Entre ellas, amén de la comentadas in extenso, son reseñables las relacionadas a continuación, acompañadas de la nota resumen del propio BOE.

Sentencia 8/2017, de 19 de enero de 2017 (BOE núm. 46, de 23 de febrero de 2017).

Recurso de amparo 2341-2012. Promovido por don Marcus August Baier en relación con las Sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional que desestimaron su petición

de indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Vulneración del derecho a la presunción de inocencia: denegación de indemnización por prisión provisional fundada en la falta de acreditación de la inexistencia objetiva del hecho delictivo. Voto particular.

Sentencia 9/2017, de 19 de enero de 2017 (BOE núm. 46, de 23 de febrero de 2017).

Conflicto positivo de competencia 4777-2016. Planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña respecto de la resolución de la Secretaría de Estado de servicios sociales e igualdad de 18 de mayo de 2016, por la que se convocan subvenciones estatales destinadas a la realización de programas de interés general con cargo a la asignación tributaria del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

Competencias sobre condiciones básicas de igualdad y asistencia social: preceptos reglamentarios que vulneran competencias autonómicas al atribuir al Estado el ejercicio de potestades ejecutivas (STC 13/1992).

Sentencia 11/2017, de 30 de enero de 2017 (BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2017).

Recurso de amparo 3497-2013. Promovido por doña Mónica Oltra Jarque respecto de los acuerdos de la Mesa de las Cortes Valencianas sobre inadmisión a trámite de dos proposiciones no de ley.

Vulneración del derecho al ejercicio de las funciones representativas: inadmisión de iniciativas parlamentarias sin motivación suficiente (STC 44/2010).

Sentencia 16/2017, de 02 de febrero de 2017 (BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2017).

Conflicto positivo de competencia 1092-2013. Planteado por el Gobierno de la Nación respecto de la resolución de 20 de diciembre de 2012, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, por la que se anuncia convocatoria para la selección de medicamentos a dispensar por las oficinas de farmacia de Andalucía, cuando sean prescritos o indicados por principio activo en las recetas médicas y órdenes de dispensación oficiales del Sistema Nacional de Salud.

Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, sanidad, farmacia y Seguridad Social: STC 210/2016 (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 19/2017, de 02 de febrero de 2017 (BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2017).

Recurso de inconstitucionalidad 2256-2016. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto del artículo 19.6 de la Ley del Parlamento de Cataluña 16/2015, de 21 de julio, de simplificación de la actividad administrativa de la Administración de la Generalitat y de los gobiernos locales de Cataluña y de impulso a la actividad económica.

Competencias sobre régimen jurídico de las Administraciones públicas y entidades locales: nulidad del precepto legal autonómico que conlleva la caracterización subjetiva de los entes locales inferiores al municipio (STC 41/2016).

Sentencia 33/2017, de 01 de marzo de 2017 (BOE núm. 83, de 07 de abril de 2017).

Recurso de inconstitucionalidad 4585-2012. Interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en relación con diversos preceptos 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, derecho a la protección de la salud y competencias sobre sanidad: constitucionalidad de los preceptos legales estatales que modifican la regulación jurídica de la condición de asegurado del Sistema Nacional de Salud, el régimen de prescripción de medicamentos y productos sanitarios, y la acción social destinada al personal estatutario de los servicios públicos de salud. Votos particulares.

Sentencia 34/2017, de 01 de marzo de 2017 (BOE núm. 83, de 07 de abril de 2017).

Recurso de inconstitucionalidad 3071-2013. Interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña respecto de los artículos 39.2 y 40 del Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo al crecimiento y de la creación de empleo.

Límites de los decretos-leyes y competencias sobre urbanismo y comercio interior: constitucionalidad de los preceptos legales estatales relativos a la incidencia territorial de

las instalaciones de distribución al por menor de carburante y combustibles petrolíferos. Voto particular.

Sentencia 35/2017, de 01 de marzo de 2017 (BOE núm. 83, de 07 de abril de 2017).

Recurso de inconstitucionalidad 3076-2013. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso respecto del Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita.

Límites de los decretos-leyes, derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva, justicia gratuita: acreditación de la concurrencia del presupuesto habilitante; constitucionalidad de los preceptos legales controvertidos.

Sentencia 37/2017, de 01 de marzo de 2017 (BOE núm. 83, de 07 de abril de 2017).

Cuestión de inconstitucionalidad 6444-2015. Planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Vitoria-Gasteiz, en relación, de un lado, con diversos preceptos de la Norma Foral 46/1989, de 19 de julio, del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana del territorio histórico de Álava, y, de otro, con los artículos 107 y 110.4 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

Principio de capacidad económica y prohibición de confiscatoriedad: inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad; nulidad de los preceptos de la norma foral fiscal en tanto someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor de los terrenos de naturaleza urbana (STC 26/2017).

Sentencia 44/2017, de 27 de abril de 2017 (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2017).

Recurso de inconstitucionalidad 2002-2014. Interpuesto por más de cincuenta diputados, integrantes de los Grupos Parlamentarios Socialista; IU, ICV-EUIA, CHA, la Izquierda Plural; Unión Progreso y Democracia y Mixto respecto de diversos preceptos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

Autonomía local, reserva de ley orgánica y competencias sobre régimen local: extinción parcial del proceso constitucional, interpretación conforme con la Constitución del precepto

relativo a la coordinación por las diputaciones provinciales de competencias municipales (SSTC 41/2016 y 111/2016).

Sentencia 45/2017, de 27 de abril de 2017 (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2017).

Recurso de inconstitucionalidad 2003-2014. Interpuesto por el Parlamento de Andalucía respecto de diversos preceptos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

Autonomía local y competencias sobre régimen local: extinción parcial del proceso constitucional, interpretación conforme con la Constitución del precepto relativo a la asunción autonómica de competencias municipales en materia educativa (STC 41/2016).

48/2017, de 27 de abril de 2017 (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2017).

Cuestión de inconstitucionalidad 232-2016. Planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Vitoria-Gasteiz, en relación, de un lado, con diversos preceptos de la Norma Foral 46/1989, de 19 de julio, del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana del territorio histórico de Álava, y, de otro, con los artículos 107 y 110.4 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

Principio de capacidad económica y prohibición de confiscatoriedad: inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad; extinción de la cuestión prejudicial de validez (STC 37/2017).

Sentencia 73/2017, de 08 de junio de 2017 (BOE núm. 168, de 15 de julio de 2017).

Recurso de inconstitucionalidad 3856-2012. Recurso de inconstitucionalidad 3856-2012. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados respecto de la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público.

Límites de los decretos-leyes y principio de justicia tributaria: nulidad del precepto legal que introduce un procedimiento de declaración especial para la regularización de la situación tributaria de determinados contribuyentes.

Sentencia 94/2017, de 06 de julio de 2017 (BOE núm. 191, de 11 de agosto de 2017).

Recurso de inconstitucionalidad 4567-2015. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto del capítulo I de la Ley del Parlamento de Cataluña 15/2014, de 4 de diciembre, del impuesto sobre la provisión de contenidos por parte de los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas y de fomento del sector y la difusión de la cultura digital.

Límites a la potestad tributaria de las comunidades autónomas: nulidad del impuesto autonómico que grava la disponibilidad del servicio de acceso, mediante un operador de servicios, a contenidos existentes en redes de comunicaciones electrónicas. Voto particular.

Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

Tribunal Supremo¹

I. ACTO ADMINISTRATIVO

Nombramiento en puesto de libre designación por la Mesa del Congreso de los Diputados. Control de la discrecionalidad técnica: teoría general; motivación: alcance: insuficiencia: indefensión. Subsanción en vía de recurso: improcedente. “Reformatio in pejus”: no se produce cuando, como consecuencia de la revisión, el resultado final es igual o mejor, aunque en algunos apartados del baremo empeore la puntuación. Acuerda haber lugar al recurso.

TERCERO.- (...)

debemos dar respuesta a la minoración de 2,125 puntos que, respecto de cursos admitidos en la resolución de primer grado, fue acordada en vía de recurso (a). Considera la recurrente que ello conlleva una vulneración del principio de “reformatio in peius” que contempla el artículo 113.3º de la Ley 30/1992. Para dar respuesta negativa a tal alegación bastará con decir que la resolución de segundo grado administrativo (1) no dio respuesta únicamente a las alegaciones de su recurso, sino que también analizó y valoró la impugnación que la adjudicataria del concurso hizo de la puntuación que en este aspecto concreto había otorgado a la recurrente la resolución de primer grado y ello tras haber garantizado su intervención con la concesión del trámite de audiencia y alegaciones que figuran en las páginas 225 y 233 a 237 de la Parte II del expediente administrativo; y (2) a la vez que redujo la puntuación por cursos de perfeccionamiento en 2,125 puntos, otorgó a la recurrente 3 puntos por el mérito de idiomas, y con ello un incremento global de su puntuación final. Es decir, la administración no hizo de peor condición a la recurrente con motivo de su recurso, que es lo proscrito por el citado precepto legal, sino que ello fue consecuencia de la impugnación que de su puntuación hizo la adjudicataria y en una revisión global de su puntuación.

¹ Subsección preparada por EDUARDO GAMERO CASADO. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide.

CUARTO

.- El primero de los alegatos que ha de ser abordado es el que se refiere a la falta de motivación, vicio que la recurrente reprocha a la actuación administrativa por la labor de calificación como óptima de la adecuación de la adjudicataria del puesto, que determinó una valoración con 16 puntos y que se realizó con base en los informes de adecuación emitidos por la Dirección de Documentación, Bibliotecas y Archivo del Congreso de los Diputados, a la que está adscrita el Departamento de Archivo donde está ubicada la Jefatura de Servicio objeto del proceso de provisión que nos ocupa, añadiendo que no puede ser subsanado en trámite de recurso como se hizo.

(...)

La exigencia de este presupuesto de los actos administrativos se encuentra en el artículo 54 de la Ley 30/1992, concretamente, en su apartado 1.f) para los actos en que exista algún tipo de discrecionalidad, y en su apartado 2 respecto a los procesos selectivos y con los peculiaridades que incorpora -el precepto se remite expresamente a “lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias”-.

Esta exigencia, que constituye la expresión de la causa jurídica tenida en cuenta como base de la medida o resolución adoptada por la Administración, o la expresión de la misma, supone que la validez de la actuación administrativa habrá de ser medida según lo establecido en dichas normas, estando referida esa acreditación de fundamentos a la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento -de provisión, en este caso-, sin que su cumplimiento exija una argumentación extensa, bastando con que sea “racional y suficiente” en atención a la cuestión de que se trate, y contenga una referencia de hechos y fundamentos de derecho, siendo posible que satisfaga este requisito mediante la aceptación de propuestas o informes incorporados al expediente -motivación in aliunde- tal y como admite el artículo 89.5º de la citada norma legal.

Con base en todo lo expuesto estamos en condiciones de afirmar que la resolución de primer grado administrativo, dictada el día 25 de mayo de 2015 por el Secretario General del Congreso de los Diputados -documento 27 de la Parte I del expediente, páginas 648 y 649-, no cumple las exigencias mínimas de motivación que hemos expuesto como admisible para justificar el ejercicio de la llamada discrecionalidad técnica del órgano llamado a resolver los procesos de provisión de puestos de trabajo y ello porque (1) la

única motivación que contiene es la asunción de los informes de adecuación de los Directores respectivos de una y otra Cámara pues aunque el puesto pertenece al Congreso una de las aspirantes desempeñaba funciones en el Senado; (2) esta motivación in aliunde tampoco cumple con esas exigencias porque el informe emitido el día 25 de febrero de 2015 por el Director de Documentación del Congreso sobre la adjudicataria final -página 262 de la Parte I del expediente- no puede considerarse suficientemente motivado pues su falta o insuficiencia está expresamente reconocida en la resolución de segundo grado administrativo -folios 175 a 191 de los autos- cuando dice “la falta de fundamentación de la calificación de óptima otorgada a D^a María Virtudes, se considera subsanada con el informe ampliatorio emitido con fecha 16 de noviembre de 2015 por el citado Director, en el que queda motivada suficientemente dicha calificación”.

Queda por analizar, como se pretende por las partes demandadas en apoyo de la actuación administrativa y de la decisión de segundo grado administrativo, si ese vicio del acto inicial puede ser subsanado en vía de recurso administrativo y en la forma en que se hizo, que lo fue mediante la solicitud de un informe ampliatorio del mérito de adecuación respecto de la Sra. María Virtudes - documento 15 de la Parte II del expediente, página 229- y que fue emitido por el Director de Documentación, Biblioteca y Archivo del Congreso el día 16 de noviembre de 2015 - documento 15 de la Parte II del expediente, página 242 y 243-. Debemos dejar constancia de que igual proceder se realizó respecto de los demás participantes en el concurso.

Y tal proceder no es admisible pues el hecho de que en vía de recurso la administración decidiera recabar informes ampliatorios sobre las razones que fundamenten la calificación de la valoración otorgada a los participantes sobre su adecuación al puesto -página 229 de la Parte II del expediente- representa, simple y llanamente, un intento de salir al paso de la alegación de falta de motivación realizada en su recurso y que realmente concurría, en definitiva, de subsanar un evidente vicio del acto administrativo impugnado y en forma claramente extemporánea e improcedente. Con ello estamos afirmando que cuando en el acuerdo adoptado para solicitar la ampliación del informe se hacía invocación del artículo 82 de la Ley 30/1992 lo que hacía era realmente alterar la función y finalidad revisora del recurso, trámite en el que la administración no puede introducir nuevos elementos que alteren las bases de su inicial decisión, máxime cuando ha podido y debido incorporarlos durante la tramitación del expediente. Esta y no otra es la razón de ser del límite que contempla el párrafo segundo del artículo 112.1 de la Ley 30/1992, relativo a que “no se tendrán en cuenta en la

resolución de los recursos hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo haya hecho” y que, aunque previsto para los recurrentes, debe servir como criterio válido para alcanzar la conclusión anunciada de imposibilidad de alterar los hechos a valorar. La administración podrá obtener informes jurídicos que sirvan de apoyo a su decisión -los contempla el artículo 112.3 de la norma citada - pero no alterar los hechos -méritos que se valoraron y documentos que los justificaban-. En suma, lo que la administración tuvo que hacer fue explicar el camino seguido para la asignación de la calificación concedida y no introducir nuevos elementos que le permitiesen justificar esa calificación, alterando de esta manera las bases de la convocatoria con indefensión de la parte hoy recurrente.

(STS 1859/2017, de 2 de noviembre, Sala 3ª, Secc.4ª. Magistrado ponente Sr. Fonseca-Herrero Raimundo).

V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Subvenciones: Real Decreto 596/2015, por el que se modifica el Real Decreto 699/2013, por el que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones a entidades del tercer sector u organizaciones no gubernamentales que desarrollen actividades de interés general consideradas de interés social en la protección del medio ambiente: invasión de competencia autonómica: nulidad parcial

TERCERO .- Cuanto se acaba de decir permite resolver el presente recurso contencioso-administrativo: El papel del Estado en materia de medio ambiente, como señala la recurrente, consiste esencialmente en dictar la legislación básica (art. 149.1.23 de la Constitución), por no mencionar que la gestión medioambiental está configurada como una responsabilidad intrínsecamente autonómica (art. 148.1.9 de la Constitución). A ello debe añadirse que el Tribunal Constitucional, en supuestos similares al aquí examinado, ha afirmado que como regla general la gestión de subvenciones en materia medioambiental corresponde a las Comunidades Autónomas, por ser de competencia autonómica el objeto subvencionado (STC 113/2013 y STC 163/2013). Y ha subrayado que la circunstancia de que «las actividades a desarrollar afecten a un ámbito geográfico supraautonómico tampoco puede justificar, por si misma, la excepcional asunción de competencias de gestión por el Estado y el correlativo desplazamiento de las competencias autonómicas».

Así las cosas, es claro que el Real Decreto 699/2013 invade la competencia autonómica al reservar al Estado la gestión de subvenciones en una materia en que carece de competencia ejecutiva. Vista la petición de la actora contenida en el escrito de demanda y que se reproduce en el antecedente de hecho tercero de esta sentencia, la anulación se limita a los extremos solicitados en dicho escrito. En consecuencia se estima el recurso y se anulan los artículos 2, 3.d, 6, 7, 9 y 17 y la previsión «así como las de investigación científica, en relación con el medio ambiente», contenida en el segundo párrafo del artículo 1 Real Decreto 699/2013, de 20 de septiembre.

(STS 1679/2017, de 7 de noviembre. Sala 3ª, Secc.4ª. Magistrado ponente Sr. Fonseca-Herrero Raimundo).

VII. CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO

Colegios Oficiales de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales: Real Decreto 143/2016 que aprueba el cambio de denominación del Consejo General de los Colegios Oficiales de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales: art. 4.5 Ley 2/1974 de Colegios Profesionales: vulneración: existencia: anulación precedente

Es claro que lo decisivo para el acceso a los Colegios Profesionales es la posesión de un título con arreglo a un plan de estudios que se corresponda con las previsiones de la Orden Ministerial reseñada, la Orden CIN/351/2009, que exige sus planes de estudio con duración de 240 créditos y dentro del marco de estudios se configuran sus módulos, siendo uno de ellos el «común a la rama industrial» con 60 créditos. Por ende, la incorporación en la denominación de nuevos colegiados está sujeta y condicionada en todo caso a la realización de los planes de estudios que habilitan al ejercicio de la profesión.

Pues bien, a partir de dichas premisas, consideramos que aun cuando el cambio de denominación de la Corporación realizada por el Real Decreto aquí impugnado obedece al interés de reflejar los nuevos títulos que permiten el acceso a la profesión, es lo cierto que la denominación cuestionada no se ajusta a las previsiones y límites del artículo 4.5 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales y ello por las razones que pasamos a exponer:

A) En primer término, como se reconoce por la parte recurrida, no existe en la actualidad un título universitario específico con la denominación «Grado de Rama Industrial de la Ingeniería», pues se trata de un conjunto de diferentes títulos universitarios de grado que en virtud del principio de

autonomía universitaria pueden tener distintas denominaciones, títulos de Grado que únicamente en determinadas condiciones permiten el acceso a la profesión de Ingeniero Técnico Industrial o Perito Industrial. De modo que no existe un título equivalente que responda a la expresión impugnada de «Grado de la rama Industrial de Ingeniería», expresión que aglutina un conjunto de enseñanzas universitarias con estudios relacionados con el ámbito industrial de la ingeniería que, solamente en el supuesto de ajustarse al plan de estudios de la Orden CIN/351/2009, de 9 de febrero, habilitan el ejercicio de la profesión de Ingeniero Técnico Industrial y el ingreso en el Colegio Profesional.

B) Tampoco existe una profesión regulada equivalente a las del título de Grado indicado, pues la profesión es la de Ingeniero Técnico Industrial o Perito Industrial, siendo así que la modificación de la denominación colegial se promovió por el Consejo General aquí recurrido con la intención y finalidad de aproximar la organización de los títulos, haciendo visible que la nueva denominación «Graduación en la rama de Ingeniería Industrial» es actualmente la vía de acceso a la vida corporativa. No obstante, dicha razón no justifica la modificación operada pues continúa igual la profesión y la referencia a los Ingenieros Técnicos Industriales y a los Peritos Industriales, de modo que la expresión a la que se ciñe este proceso no es específica de una profesión y no permite identificar adecuadamente a los profesionales.

C) Además, la denominación «Graduado en la rama Industrial de la Ingeniería» lleva a confusión al poder identificar o asimilar la profesión regulada de Ingeniero Técnico Industrial con otras profesiones reguladas como las de Ingeniero Industrial, pues si bien la titulación que habilita para el ejercicio de la profesión de estos últimos es la de Master y no la de Grado, es lo cierto que el carácter genérico de la expresión utilizada puede inducir a error en los usuarios de los servicios en lo que se refiere a las competencias profesiones que unos y otros ostentan. En efecto, la forma de acceso a los distintas profesiones a través de un Grado o Master, no es un elemento decisivo, ni conocido por el conjunto de los usuarios y, por contra, la inclusión de la aludida expresión que incorpora la palabra «Ingeniería» puede dar lugar a error en las respectivas atribuciones profesionales y sobre quiénes son los profesionales que integran el Colegio, afectando así a la delimitación subjetiva de otros Colegios, como los de Ingenieros, ahora recurrentes.

En fin, como argumentan el Consejo y el Colegio actores, el cambio puede obedecer a Títulos de Grado genéricos e indeterminados que genera confusión y error entre las entidades colegiales, en la medida que la expresión

controvertida incorpora Títulos de Grado que no se corresponden con la titulación exigida para ejercer la profesión regulada de Ingeniero Técnico Industrial por no cumplir las previsiones de la Orden CNI/351/2009, de modo que puede generarse confusión entre los profesionales.

(STS 1708/2017, de 8 de noviembre. Sala 3ª, Secc.3ª. Magistrado ponente Sra. Isabel Perelló Domenech).

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Peajes de acceso a la energía eléctrica: Orden IET/2444/2014 por la que se determinan los peajes para 2015: anulación del artículo 5 de la citada Orden, en cuanto determina para Iberdrola Distribución el montante del incentivo o penalización para reducción de pérdidas correspondiente a la retribución de 2014, asociado a los niveles de pérdidas del año 2012: la metodología empleada por la Orden impugnada para contabilizar el intercambio de energía es la de tener en cuenta el contador de energía (la propiedad del equipo de medida) en vez de tener en cuenta la propiedad de la red a ambos lados del punto frontera; y el incentivo de pérdidas de la actora ha de calcularse con el criterio horario en todos los supuestos en que disponga de información suficiente, sin aplicar directamente coeficientes zonales elaborados según el criterio punta/valle.

TERCERO.- Sobre la metodología empleada para el cálculo del incentivo/penalidad de pérdidas. (...)

De esta regulación se deduce que el incentivo se define según el criterio horario, aunque se contempla la elaboración de coeficientes zonales de pérdidas “con el objetivo de una evolución futura del incentivo a la reducción de pérdidas”, que también habrán de ser horarios o “al menos” punta y valle.

De todo lo cual se concluye que tiene razón la actora cuando considera contrario a derecho que no se haya empleado el criterio horario y que se hayan utilizado directamente coeficientes zonales elaborados según el criterio punta/valle. Las razones expresadas por la Administración para justificar este proceder no resultan convincentes. Así, se aduce por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia indisponibilidad de la información necesaria, la ingente carga de trabajo que requeriría la utilización del criterio horario, la suficiencia del criterio punta/valle para una primera aproximación de los coeficientes zonales y la coherencia con éstos. Tan sólo resultaría admisible -y la propia recurrente lo admite-, la posible falta de información por falta de contadores horarios. En lo demás, la Administración puede modificar la metodología, pero no resulta conforme

a derecho que no aplique la metodología vigente por suponer una excesiva carga de trabajo. Y la metodología vigente establece la utilización de un criterio horario, incluso para la elaboración de los coeficientes zonales, y en cuanto a éstos, y sólo como criterio subsidiario, el criterio punta/valle.

Ello lleva a estimar también este punto y, en consecuencia, ordenar a la Administración que calcule el incentivo/penalización de la actora con el criterio horario en todos los supuestos en que disponga de información suficiente, y que emplee los criterios zonales donde resulte necesario, elaborados también con criterio horario donde se cuente con información de esa naturaleza, empleando en cambio el criterio punta/valle directamente o a partir de coeficientes zonales, sólo allí donde no disponga de una información con desglose horario.

(STS 1371/2017, de 6 de octubre. Sala 3ª, Secc.3ª. Magistrado ponente Sr. Espín Templado).

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Energía eléctrica: nulidad de la disposición final primera de la Orden IET/1344/2015, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Vulneración de los principios de legalidad, irretroactividad, seguridad jurídica y confianza legítima.

El motivo de impugnación formulado contra la disposición final primera de la Orden IET/1344/2015, en el inciso que dispone «con efectos desde la entrada en vigor de la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, se modifica el primer párrafo de la página 46490 del Boletín Oficial del Estado núm. 150 de 20 de junio en el anexo I, apartado 6, de dicha orden», fundado en el argumento de que la supresión del párrafo relativo al inicio del cómputo de la vida regulatoria de las instalaciones de los subgrupos b.4.1, b.4.2, b.5.1 y b.5.2 con fecha de autorización de explotación definitiva anterior al año 1994, que fueron incluidas como instalación tipo de 1994, se realiza «con efectos desde la entrada en vigor de la Orden IET/1045/2014, de 26 [sic] de junio», contraviene la prohibición de retroactividad del artículo 9.3 de la Constitución, debe ser estimado.

En efecto, esta Sala sostiene que la supresión de la previsión contenida en el Anexo I de la Orden IET/1045/2014, referida al inicio del cómputo de la vida útil regulatoria de determinadas instalaciones hidráulicas, que efectúa el párrafo uno de la disposición final primera de la Orden

IET/1344/2015, es contraria al principio de irretroactividad garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución , ya que produce efectos sobre situaciones jurídicas consolidadas y agotadas, por lo que resulta procedente declarar la nulidad del mencionado inciso de la disposición impugnada.

(...)

El motivo de impugnación basado en el argumento de que la modificación del párrafo del Anexo I, apartado 6, de la Orden IET/1045/2014, que determinaba que el inicio del cómputo de la vida útil regulatoria de las instalaciones hidráulicas del grupo b.4 (subgrupos b.4.1 y b.4.2) y del grupo b.5 (subgrupos b.5.1 y b.5.2) se empezará a contar desde el año 1994, vulnera el artículo 14.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , debe ser también estimado.

En efecto, esta Sala considera que la supresión del inciso incluido en el Anexo I, apartado 6, de la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, que dispone que «el cómputo de la vida útil regulatoria de las instalaciones hidráulicas (grupos b.4 y b.5) con fecha de autorización de explotación definitiva anterior al año 1994, se empezará a contar desde este año», que realiza el apartado uno de la disposición final primera de la Orden IET/1344/2015, de 2 de julio impugnado, vulnera el principio de jerarquía normativa, en cuanto contraviene lo dispuesto en el artículo 14.4 1º de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , que establece que «en ningún caso, una vez reconocida la vida útil regulatoria o el valor estándar de la inversión inicial de cada instalación, se podrán revisar dichos valores».

También consideramos que el cambio normativo operado en el Anexo I de la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la disposición final primera de la Orden IET/1344/2015, de 2 de julio, que, como hemos expuesto, comporta para aquellas centrales hidroeléctricas cuya puesta en marcha se produjo con anterioridad a 1994, la supresión del derecho al régimen retributivo específico reconocido en la precedente Orden ministerial, vulnera el principio de seguridad jurídica y el principio de protección de la confianza legítima, en cuanto esa modificación normativa produce el efecto de frustrar expectativas legítimas de las sociedades titulares de este tipo de instalaciones de percibir una retribución adicional hasta el 31 de diciembre de 2018.

(STS 1525/2017, de 5 de septiembre. Sala 3ª, Secc.3ª. Fundamento jurídico 2º. Magistrado ponente Sr. Bandrés Sánchez-Cruzat).

(Véase en análogo sentido la STS 1534/2017, de 10 de octubre, Sala 3ª, Secc.3ª. Magistrado ponente Sra. Perelló Domenech).

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Recursos acumulados interpuestos contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos y contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Estas disposiciones no vulneran el principio de interdicción de arbitrariedad, confianza legítima, seguridad jurídica e irretroactividad; no son discriminatorias ni impiden el legítimo ejercicio de la competencia en términos de igualdad. Voto particular discrepante del Sr. Espín Templado, quien considera que las normas impugnadas infringen el principio de irretroactividad.

(STS 1520/2017, de 6 de octubre, Sala 3ª, Secc.3ª. Magistrado ponente Sr. del Riego Valledor).

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Telecomunicaciones: Real Decreto 988/2015, que regula el régimen jurídico de la obligación de financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales europeas: exceso reglamentario en el desarrollo del mandato contenido en el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual: nulidad del art.6.3

Con base en los precedentes razonamientos jurídicos referidos a la interpretación del artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, procede estimar la pretensión formulada, relativa a que se declare la nulidad de pleno derecho del apartado 3 del artículo 6 del Real Decreto 988/2015, que dispone que «los ingresos procedentes de la comercialización de productos accesorios derivados directamente de los programas emitidos sólo se computarán en la medida en que la suma de dichos ingresos represente un porcentaje superior al diez por ciento del total de ingresos de explotación del prestador del servicio y en la cuantía que exceda de dicho porcentaje» .

Al respecto, esta Sala sostiene que el Gobierno ha incurrido en un exceso reglamentario en el desarrollo del mandato contenido en el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual , al considerar como ingresos computables a los efectos de determinar la base de la obligación de financiación establecida en dicha disposición legal, los ingresos procedentes de la comercialización de productos accesorios

derivados directamente de los programas emitidos, porque, aunque se establezcan algunas limitaciones para que puedan ser computados, ello no es óbice para entender que se trata de ingresos que se obtienen por el sujeto obligado por el desarrollo de una actividad económica que resulta claramente diferenciable de la que realiza el prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva, y, por ello, debe considerarse que está al margen de la explotación de los canales y de sus contenidos audiovisuales.

En este sentido, consideramos que el Gobierno ha incurrido en una contradicción in terminis porque ha considerado como ingresos computables ingresos provenientes de actividades no relacionadas con la actividad audiovisual de prestador, que están expresamente excluidos del cómputo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del Real Decreto 988/2015, enjuiciado.

(STS 1613/2017, de 25 de octubre, Sala 3ª, Secc.3ª. F.J. 2º. Magistrado ponente Sr. Bandrés Sánchez-Cruzat).

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Transparencia y acceso a la información pública. Solicitud por un particular a Corporación RTVE de los gastos de participación en el concurso de Eurovisión de 2015 incluyendo las partidas correspondientes a viajes, alojamientos, dietas, vestuario, gastos de delegaciones y acompañantes. No justificación de la necesidad de reelaboración de la información. Falta de prueba de intereses económicos y comerciales de la entidad requerida. Acuerda no haber lugar al recurso de casación (confirma derecho de acceso).

La formulación amplia en el reconocimiento y en la regulación legal del derecho de acceso a la información obliga a interpretar de forma estricta, cuando no restrictiva, tanto las limitaciones a ese derecho que se contemplan en el artículo 14.1 de la Ley 19/2013, como las causas de inadmisión de solicitudes de información que aparecen enumeradas en el artículo 18.1, sin que quepa aceptar limitaciones que supongan un menoscabo injustificado y desproporcionado del derecho de acceso a la información.

Por ello, la causa de inadmisión de las solicitudes de información que se contempla en el artículo 18.1.c/ de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, no opera cuando quien invoca tal causa de inadmisión no justifique de manera

clara y suficiente que resulte necesario ese tratamiento previo o reelaboración de la información.

Asimismo, la posibilidad de limitar el derecho de acceso a la información no constituye una potestad discrecional de la Administración o entidad a la que se solicita información, pues aquél es un derecho reconocido de forma amplia y que sólo puede ser limitado en los casos y en los términos previstos en la Ley; de manera que limitación prevista en el artículo 14.1.h/ de la Ley 19/2013, no opera cuando quien la invoca no justifica que facilitar la información solicitada puede suponer perjuicio para los intereses económicos y comerciales.

(STS 1547/2017, de 16 de octubre, Sala 3ª, Secc.3ª. Magistrado ponente Sr. Calvo Rojas).

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Autorización de entrada domiciliaria. Desahucio de vivienda ocupada ilegalmente: protección de los menores residentes en el domicilio. Retroacción de actuaciones para que el Juzgado analice la situación de vulnerabilidad. Acuerda haber lugar al recurso de casación.

Conforme a los precedentes razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala respondiendo a la cuestión planteada en el recurso de casación que presenta interés casacional objetivo, considera que:

1) Resulta incompatible con la debida protección jurídica de los derechos e intereses de los menores de edad, tal como se reconoce en los artículo 11 y 12 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de marzo [sic], de Protección Jurídica del Menor , y en el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en relación con las garantías establecidas en los artículos 18.2 y 24 de la Constitución , una resolución del juzgado de lo contencioso-administrativo de autorización de entrada en el domicilio (de conformidad con la potestad que le confiere el artículo 8.6 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) que no esté suficientemente motivada, en la medida que resulta exigible que el juez de lo contencioso-administrativo pondere la situación personal, social y familiar particular de los menores de edad que pueden verse afectados por la ejecución de la orden de desalojo.

2) Resulta incompatible con la debida protección jurídica de los derechos e intereses de los menores de edad, tal como se reconoce en los artículo 11 y

12 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de marzo [sic] , de Protección Jurídica del Menor , y en el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en relación con la garantía de inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 de la Constitución , una resolución del juzgado de lo contencioso-administrativo de autorización de entrada en domicilio que no contenga un juicio acerca de la aplicación del principio de proporcionalidad, que se efectúe teniendo en cuenta los datos y elementos disponibles sobre la afectación de los derechos e intereses de los menores de edad que la decisión judicial comporta.

En consecuencia con lo razonado, procede declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Emma contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de septiembre de 2016, que desestimó el recurso de apelación 475/2016, interpuesto contra el Auto del Juzgado número 12 de lo Contencioso-Administrativo de Madrid de 29 de febrero de 2016 , dictado en el Procedimiento de Autorización de entrada en domicilio número 341/2015, que casamos.

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en la redacción introducida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio), procede ordenar la retroacción de las actuaciones para que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Madrid dicte Auto por el que se resuelva la solicitud formulada por el Instituto de la Vivienda de Madrid de entrada en la vivienda sita en la CALLE000 número NUM000 de Madrid, de forma motivada, efectuando un juicio de proporcionalidad respecto de la situación de vulnerabilidad de los hijos menores de edad de la recurrente.

(STS 1797/2017, de 23 de noviembre, Sala 3ª, Secc.3ª. Magistrado ponente Sr. Bandrés Sánchez-Cruzat).

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Recapitulación de la teoría general sobre la tutela cautelar, y en especial, de los cuatro supuestos en que la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo considera que se debe otorgar una medida cautelar con arreglo al criterio del *fumus boni iuris* o apariencia de buen Derecho. Acuerda no haber lugar a la medida.

(...)

La decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta de criterios por parte del Tribunal, que, según nuestra jurisprudencia, puede resumirse en los siguiente puntos:

«a) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. Como señala un ATS de 3 de junio de 1997: “la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado [o la vigencia de la disposición impugnada] le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación”. El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica.

b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC 148/1993 “el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal” (Cfr. ATS de 20 de mayo de 1993).

c) El *periculum in mora*, constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que, de modo inmediato, puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.

d) El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: “al juzgar sobre la procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego”. Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los

particulares en forma circunstanciada. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia “cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto” (ATS 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni 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».

La IJ no hace expresa referencia al criterio del *fumus boni iuris* (tampoco la LJCA), cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LEC/2000 que sí alude a este criterio en el artículo 728 .

No obstante, y como también viene diciendo constantemente esta Sala, 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, ATS 14 de abril de 1997 , 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, y muchas resoluciones posteriores, entre las más recientes, Auto de 29 de septiembre de 2016).

(...)

(ATS de 14 de septiembre de 2017, rec.543/2017, Sala 3^a, Secc.3^a. Magistrado ponente Sr. Arozamena Laso).

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Necesidad de claridad y precisión en los escritos procesales. La falta de rigor procedimental en la elaboración de los escritos, con defectos de sistemática, profusión de información e incremento de la confusión, puede perjudicar al recurrente. Desestima y condena en costas, con el límite de 4.000 euros.

CUARTO

La tercera y última puntualización hay que referirla al modo en que los recurrentes hacen valer sus pretensiones, tanto ante la Administración como ante los tribunales, el de instancia y este Tribunal Supremo. Así es destacable que la propia Administración deje constancia de la “ingente” cantidad de escritos presentados por los ahora recurrentes en el procedimiento administrativo, algo que se confirma a la vista del expediente y de las actuaciones en la instancia: se asiste así a una constante presentación de escritos, aclaraciones, ampliaciones, revisiones, puntualizaciones, etc. incluso fuera del momento procesal, tal y como se advierte - y es un ejemplo - con escritos aportados ya finalizado el periodo de conclusiones o ante esta Sala con el escrito aportado el mismo día del señalamiento de este recurso.

QUINTO

Se deja constancia de esto último porque si bien la parte recurrente es libre de cómo plantear la defensa de sus pretensiones, lo que aporte de confusión y falta de rigor procedimental puede acabar perjudicándole, máxime en un pleito en el que se está ante cuestiones básicamente de hecho, en donde los recurrentes son propietarios de numerosas fincas, un pleito en el que se ejercen hasta un total de veintiuna pretensiones de plena jurisdicción. En fin, esta forma de plantear sus pretensiones se evidencia en esta casación, integrando los motivos en una mezcla no siempre sistemática, dificultando apreciar si lo alegado a base de pinceladas o acumulando la cita de preceptos como infringidos, es para atacar la sentencia o los actos impugnados

en la instancia o si se oponen a la primera razones de legalidad o meras discrepancias. (...)

(STS 1625/2017, de 30 de octubre. Sala 3ª, Secc.4ª. Magistrado ponente Sr. Requero Ibáñez).

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Cómputo del plazo de reclamación: en supuestos de daños muy prolongados en el tiempo la determinación del plazo no se resuelve con la distinción entre daños permanentes y continuados, sino atendiendo al principio general de la “actio nata”; sólo serán indemnizables los daños producidos en el año anterior a la reclamación, prescribiendo los daños previos. Recurso de casación para unificación de doctrina: concurren los requisitos de identidad, pero la Sentencia de contraste declara expresamente que incorpora un cambio de doctrina respecto a la jurisprudencia anterior. Declara no haber lugar al recurso.

SEGUNDO

En el caso que nos ocupa cabe estimar la concurrencia de los requisitos de identidad que desde la perspectiva procesal viabilizan el recurso de casación para unificación de doctrina (artículo 96 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción).

El problema surge al observar que la sentencia recurrida expresa de forma motivada un cambio en el modo de interpretar la normativa de aplicación respecto a la sentencia de contraste, lo que no tiene encaje en el recurso de casación para unificación de doctrina, recurso excepcional y subsidiario respecto del de casación propiamente dicho, cuya finalidad es corregir interpretaciones jurídicas contrarias al ordenamiento jurídico, pero solo en cuanto contemplan pronunciamientos contradictorios con los efectuados previamente en otras sentencias específicamente invocadas como de contraste.

En efecto la sentencia recurrida en su fundamento jurídico segundo, en lo que aquí interesa dice:

«... De ahí que esta Sala, reconsiderando motivadamente criterios anteriores, rechace la aplicación al caso de la teoría del daño continuado que hasta ahora ha impedido la apreciación del plazo anual de prescripción.

En efecto, es cierto que una consolidada doctrina jurisprudencial distingue entre lo que se ha dado en llamar daños permanentes y daños continuados.

Así, y por todas, en la STS de 20 de marzo de 2012, se pone de relieve que «a) por daños permanentes debe entenderse aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo. Ejemplo de un daño de este tipo, cuyo resultado lesivo queda determinado por la producción del hecho o acto causante, sería el de la pérdida de un brazo, o de una pierna. Se trata de daños que pueden ser evaluados económicamente desde el momento de su producción, y por eso el día inicial del cómputo es el siguiente a aquél en que el daño se produjo. b) Daños continuados, en cambio, son aquellos que, porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un periodo de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo. Y por eso, para este tipo de daños, el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos».

Ahora bien, al margen de que en la tesis del recurrente la aplicación al caso de esta doctrina llevaría consigo la existencia de una reclamación, por así decirlo, prematura, dado que a la fecha de su interposición el actor tenía reconocida la prolongación en el servicio activo en su puesto de trabajo acumulado, es decir, se seguían produciendo los efectos lesivos del acto administrativo, lo cierto es que dicha diferenciación entre daños permanentes y continuados, genuina de las lesiones físicas, no es más que un desarrollo del principio general de la “actio nata” que significa (STS de 20 de noviembre de 2015, recurso 1040/2014) «que el cómputo del plazo para ejercitar la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad ».

Y es que, en efecto, como señalan las SSTS de 23 de octubre de 2012, recurso: 3964/2011 , 26 de julio de 2013, recurso: 6397/2011, ó 10 de enero de 2014, recurso: 2325/2013, la distinción entre daños permanentes y continuados «no es tanto conceptual o teórica como práctica. Se hace a los solos efectos de decidir si una acción está prescrita o no, para lo que se atiende al momento a partir del cual pudieron valorarse la totalidad de los perjuicios causados por un determinado evento lesivo. Por eso, para clasificar un daño en una u otra categoría, se atiende al momento en que pueden valorarse o cuantificarse esos perjuicios. Así se dice con toda claridad, por ejemplo, en la sentencia de 15 de febrero de 2.011, dictada en el recurso de casación 1.638/2.009, con cita de otras. Dice esta sentencia -pronunciándose sobre las lesiones físicas a las que normalmente se aplica aquella distinción- que son “daños continuados”

aquellos que no permiten conocer aún los efectos definitivos del quebranto y en los que, por tanto, el “dies a quo” del plazo para recurrir será aquél en que ese conocimiento se alcance; y que son “daños permanentes” los que se refieren, por el contrario, a lesiones irreversibles e incurables, aunque no intratables, cuyas consecuencias resultan previsibles en su evolución y en su determinación, siendo, así, cuantificables, de suerte que los tratamientos paliativos ulteriores, encaminados a obtener una mejor calidad de vida, o a evitar eventuales complicaciones en la salud, o a obstaculizar la progresión de la enfermedad, no enervan la realidad de que el daño ya se manifestó con todo su alcance.

Aquí se puede comprobar que, como decimos, la distinción entre daños continuados y permanentes lo que pretende es dar una respuesta a aquellos casos en los que no es posible valorar todos los perjuicios causados en el momento en que se produce el hecho generador del daño y en los que, por tanto, no puede tomarse esa fecha como “dies a quo” del plazo para reclamar. Y que, desde luego, no es una distinción trazada en razón del carácter definitivo o perdurable del daño, pues tanto los daños “continuados” como los “permanentes” tienen esa naturaleza. Quiere ello decir que el hecho de que se prive al propietario de manera definitiva -o cuando menos, indefinidamente un derecho (el derecho a cazar, pescar y explotar la finca de otras formas), y el hecho de que, lógicamente, ese perjuicio se produzca todos los días y todos los años que dure esa situación (en los que no se podrá cazar, pescar, cultivar, etc.), todo ello no conlleva, sin más, que el daño sea de carácter “continuado”. Lo será si la cuantificación de los todos los daños derivados de esa privación legal no pudo hacerse en el momento de promulgarse la Ley. Pero si pudieron determinarse y calcularse en esa fecha, entonces son daños de los que hemos llamado “permanentes”. Y en el caso que examinamos resulta claro que los perjuicios derivados de esa privación legal podían haberse calculado ya desde un primer momento, de la misma manera que se cuantifica de una sola vez la privación definitiva del derecho de propiedad (o de cualquier otro) en los expedientes de expropiación forzosa, a pesar de que el propietario se ha visto privado de la finca de manera definitiva. La prueba de que este cálculo era posible es que desde aquella declaración legal no ha ocurrido nada que haya modificado un ápice la situación del propietario, o que haya condicionado de un modo u otro los parámetros o criterios que podrían haberse utilizado ya en aquel momento para calcular los perjuicios causados (salvo el transcurso del tiempo, claro, pero esto es inevitable y previsible y, además, consustancial a los daños “permanentes” y a los “continuados”, según ha quedado ya suficientemente explicado) ».

Esta Sala y Sección, como decimos, reconsiderando anteriores pronunciamientos, incluso próximos en el tiempo, estima que la problemática de estos supuestos tan singulares no se resuelve atendiendo a la distinción entre daños y permanentes y continuados, sino al principio general de la “actio nata”, máxime cuando nos encontramos ante los efectos lesivos derivados de un acto administrativo expreso susceptible de quedar sin eficacia como consecuencia de su posible impugnación. Como acertadamente significa la Administración demandada -y en igual sentido el informe del Consejo Consultivo de Castilla y León-, el actor desde el primer momento (2002) ha tenido pleno conocimiento y tenía a su disposición todos los elementos fácticos necesarios para cuantificar el daño que ahora reclama, esto es, los haberes que afirma devengados -y, en su caso, que se hubieran ido devengando mientras se mantuviese la situación- correspondientes a las funciones acumuladas, de suerte que al depender en este caso de su propia y exclusiva voluntad la constatación de la ilegitimidad del daño, esto es, el carácter abusivo por duración excesiva de la acumulación que desarrollaba en función de la mayor o menor “penosidad” seciente a la misma, no es factible apreciar su existencia -ni, por tanto, su reparación- más allá del año anterior a la fecha de la reclamación (2012). Es decir, no es solo que el daño durante dicho tiempo haya prescrito sino que más bien la conformidad del interesado con las funciones acumuladas puesta de manifiesto por la ausencia de reclamación o queja alguna en un periodo temporal tan dilatado impide apreciar durante su transcurso, más allá del año de prescripción, la existencia misma del daño y ello al ser incompatible dicha conformidad con la inexigibilidad jurídica de soportar el daño en que consiste la lesión indemnizable, de ahí que siguiendo la tesis de la Administración estimemos prescritos, e inexistentes, los daños sufridos por el recurrente durante los años 2006 a 2010.»

Teniendo por finalidad el recurso para unificación de doctrina potenciar la seguridad jurídica a través de la unificación de los criterios interpretativos y aplicativos del ordenamiento, pero no en cualquier circunstancia, conforme ocurre con la modalidad general de la casación -siempre que se den, desde luego, los requisitos de su procedencia-, sino “sólo” cuando la inseguridad derive de las propias contradicciones en que, en presencia de litigantes en la misma situación procesal y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, hubieran incurrido las resoluciones judiciales específicamente enfrentadas, mal puede acudir a este medio de impugnación cuando, como en el caso enjuiciado sucede, la sentencia

recurrida ninguna inseguridad jurídica genera al apartarse de manera consciente de la doctrina sentada en la sentencia aportada como de contraste.

(STS 1800/2017, de 23 de noviembre. Sala 3ª, Secc. 5ª. Magistrado ponente Sr. Sieira Míguez)

XVIII. PERSONAL

Real Decreto 638/2014 por el que se aprueba el Reglamento de la Carrera Diplomática: materias incluidas en el ámbito del art. 37.1 del Estatuto del Empleado Público: la necesidad de negociación colectiva también juega cuando se trata de un solo cuerpo funcional: inexistencia: nulidad.

CUARTO.- El juicio de la Sala: procede estimar el recurso.

El artículo 37.1 c) del Estatuto Básico del Empleado Público dice lo siguiente:

«1. Serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso, las materias siguientes:

(...)

c) Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos».

Esta redacción establecida por la Ley 7/2007, de 12 de abril, vigente cuando se elaboró el Real Decreto 638/2014, permanece ahora en el artículo 37.1 c) del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

En el expediente obra un informe de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación en el que se concluía que el entonces proyecto de Real Decreto no debía someterse a negociación colectiva porque sus preceptos se refieren solamente a un cuerpo específico en vez de recoger criterios generales que se proyectaran al conjunto de los funcionarios públicos o a un sector concreto o a una determinada Administración Pública, tal como dice la contestación a la demanda que, en este punto, recoge lo dicho en ese informe.

Esa interpretación reductiva no es correcta. Tal como precisa el apartado de ese artículo 37.1, la negociación se ha de hacer en el ámbito respectivo el cual habrá de ser en cada caso aquél al que se refieran las normas

reglamentarias cuya aprobación se pretende. Y, si la letra c) dice que están sujetas a negociación las normas que fijan los criterios generales, entre otras en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, poca duda puede haber de que el proyecto del que acabaría siendo el Real Decreto 638/2014 estaba sujeto a la exigencia de la negociación.

Ninguna razón hay para sostener que el artículo 37.1 c) no juega en supuestos en los que es solamente un cuerpo funcional el que resulta objeto de negociación. Esa interpretación, además de no ajustarse al precepto no es la más favorable a la efectividad de un derecho que supone un contenido adicional a la libertad sindical garantizada por el artículo 28.1 de la Constitución, según ha dicho el Tribunal Constitucional en sus sentencias 80/2000 y 222/2005.

Sobre esta obligatoriedad de la negociación se ha pronunciado la jurisprudencia, entre otras, en la sentencia de 10 de diciembre de 2014 (casación nº 5085/2011). Esa misma jurisprudencia ha señalado también que la omisión de la negociación cuando, conforme al artículo 37 del Estatuto Básico del Empleado Público o de las disposiciones que lo precedieron, es obligatoria supone un vicio de nulidad. En este sentido, se pueden recordar las sentencias dictadas en los recursos de casación 2590/2009, 3105/2012, 926/2012 y 514/2013.

Ahora bien, el Abogado del Estado viene a decirnos que, en realidad, esa negociación existió pues con la invitación efectuada por la Administración mediante cartas y correos electrónicos y con la participación de ADE en los grupos de trabajo se habría llevado a cabo efectivamente. Así, pues, según la contestación a la demanda, aunque no se convocara formalmente la negociación del proyecto, materialmente se produjo y, si SISEX no intervino en ella, fue porque no quiso.

Sucede, sin embargo, que ni en el expediente ni en las actuaciones hay constancia de que se ofreciera a SISEX participar en las actuaciones que describe la contestación a la demanda. En el primero solamente obran las copias de las cartas dirigidas a los funcionarios de la Carrera Diplomática y unas “alegaciones” de ADE. Y, en las segundas no aparece el documento al que la contestación a la demanda y el escrito de conclusiones del Abogado del Estado se refieren como el nº 4 de los que acompañan a aquella y que consistiría en la copia de un correo electrónico de un funcionario diplomático expresándose por SISEX y renunciando a participar en los grupos de trabajo.

Fuera como fuera, incluso aceptando los hechos descritos por el Abogado del Estado, la conclusión que se impone no cambia. La negociación contemplada

por el Estatuto Básico del Empleado es un derecho de las organizaciones sindicales y no cuestión de invitación más o menos informal. Debe, por el contrario, realizarse observando las pautas que recuerda la sentencia alegada por el recurrente --la de 21 de octubre de 2010 (casación 3590/2009)-- y en las que se detiene también la de 30 de noviembre de 2011 (casación 6505/2008). Es decir, hace falta que “se haya ofrecido a los representantes de los funcionarios, a través de un debate realizado en condiciones de igualdad y realmente contradictorio, la posibilidad de participar en el proceso de formación de la decisión administrativa que esté legalmente sujeta a la necesidad de dicha negociación”.

La negociación colectiva no consiste, pues, en la consulta o en la mera audiencia. No se satisface con cualquier intercambio de información ni con la presentación de ideas o sugerencias. Tampoco se identifica, por tanto, con la participación en unos grupos de trabajo informales ni se satisface por contar con el parecer de la organización más representativa. La negociación colectiva requiere una mínima formalización. En los supuestos en los que la exige el legislador, debe dar lugar a un trámite o fase en el procedimiento en la que se convoque a todos los legitimados para participar en ella a negociar con la Administración. No comporta, naturalmente, la aceptación de las posiciones sindicales pero sí implica la posibilidad de que se expongan y debatan en las condiciones de igualdad y contradicción señaladas. Y no consta que se haya obrado así en este caso.

En definitiva, la omisión de la negociación requerida por el artículo 37.1 c) del Estatuto Básico del Empleado Público, determina la nulidad del Real Decreto sin que sea ya preciso entrar en el examen de los demás motivos de la demanda.

(STS 1671/2017, de 6 de noviembre. Sala 3ª, Sec.4ª. Magistrado ponente: Sr. Murillo de la Cueva).

XVIII. PERSONAL

Opositora a la carrera judicial que aportó dos certificados de antecedentes penales: uno, negativo, expedido el 29/1/2015, y otro positivo, expedido el 30/11/2015. La Sala considera que no hubo mala fe pues participó en las pruebas amparada por el primer certificado, pero ratifica la anulación de su admisión por no reunir los requisitos de acceso a la carrera judicial, e insta al CGPJ a buscar una solución equitativa para este caso debido a las consecuencias excesivas que ha supuesto a la recurrente la decisión final de la Comisión de Selección. Desestima, sin pronunciamiento en costas.

PRIMERO. Los hechos relevantes y las resoluciones de la Comisión de Selección.

En las pruebas selectivas convocadas por acuerdo de 28 de enero de 2015 de la Comisión de Selección prevista por el artículo 305 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para la provisión de 65 plazas de alumnos de la Escuela Judicial para su posterior acceso a la Carrera Judicial por la categoría de juez, y de 35 plazas de alumnos del Centro de Estudios Jurídicos, para su posterior ingreso en la Carrera Fiscal por la categoría de abogado fiscal (Boletín Oficial del Estado del 30), participó doña Elvira .

(...)

En lo que interesa, los razonamientos expresados en estos acuerdos de 15 de febrero de 2016 son los siguientes: (i) los requisitos del artículo 303 han de cumplirse en el momento de concurrir a la oposición pues así lo exige el artículo 302, ambos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y así lo requiere la base E) de la convocatoria; (ii) aunque el artículo 303 refiere las incapacidades al ingreso en la Carrera Judicial que se produce tras superar el curso teórico-práctico en la Escuela Judicial, el precepto aplicable es el artículo 302 ya que es el que regula las condiciones para concurrir a la oposición libre; (iii) la Sra. Elvira declaró que cumplía los requisitos cuando ello no era cierto pues era concedora de su condena y debía conocer que sus antecedentes no se cancelarían hasta el 30 de octubre de 2016.

(...)

La Sala no advierte tampoco en este punto irrazonabilidad alguna. El artículo 302 de la Ley Orgánica del Poder Judicial quiere que quienes estén afectados por las causas de incapacidad contempladas por el artículo 303 no puedan participar en la oposición. La redacción de ese artículo 302 en lo que importa, es la establecida en 1985, no ha experimentado variaciones en el tiempo transcurrido, como tampoco las ha sufrido el artículo 303. Esa permanencia y su aplicación reiterada en las numerosas convocatorias que se han hecho a lo largo de más de treinta años sugieren que no estamos ante reglas carentes de sentido aunque pueda haber otras distintas con mejor fundamento.

El paso del tiempo, lo sabemos, puede consolidar jurídicamente situaciones que inicialmente carecían de sustento en Derecho, pero no lo mencionamos ahora porque sea la razón que nos lleva concluir que no es excesivo exigir para tomar parte en la oposición carecer de antecedentes penales. Vemos en él, desde luego, un importante elemento de confirmación de nuestro parecer.

Pero si consideramos que no es irrazonable esta exigencia es porque, al igual que hemos dicho antes, sirve para asegurar que quienes quieren ser jueces o fiscales poseen las mayores condiciones de probidad y ejemplaridad. La previsión del artículo 302 sirve a esa finalidad y, por tanto, cuenta con una justificación objetiva y razonable.

Y se trata de un requisito que se cumple o no se cumple de manera que no permite interpretaciones varias, sino una sola: al igual que se ha de tener la nacionalidad española y ser licenciado en Derecho a la fecha de terminación del plazo de presentación de solicitudes para participar en la oposición, en ese mismo día se ha de carecer de antecedentes penales. Cuando el precepto legal es preciso, como lo es el artículo 302, no hay margen interpretativo.

La demanda se fija en el apartado 6 del artículo 301 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para sostener que es posible llevar el momento de apreciar el cumplimiento de tales exigencias más allá de la fecha de presentación de solicitudes. Ese apartado 6 del artículo 301 --el artículo 46 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal contiene una disposición semejante-- dice así:

«En todos los casos se exigirá no estar incurso en ninguna de las causas de incapacidad e incompatibilidad que establece esta ley y no tener la edad de jubilación en la Carrera Judicial ni alcanzarla durante el tiempo máximo previsto legal y reglamentariamente para la duración del proceso selectivo, hasta la toma de posesión incluido, si es el caso, el curso de selección en la Escuela Judicial».

No cuesta trabajo constatar que este precepto y la base E.2 de la convocatoria que, conforme a ese precepto, impide participar en la oposición a quienes lleguen a la edad de jubilación antes de la toma de posesión, no sirve para prescindir de la regla del artículo 302. En efecto, extender a toda la duración del proceso selectivo el cumplimiento de un requisito no significa que no deba exigirse con anterioridad. Cabe, incluso decir que, precisamente, por requerirse en un estadio anterior se precisa que debe mantenerse hasta la toma de posesión.

En definitiva, la interpretación seguida no sólo se ajusta al sentido literal de la Ley Orgánica, sino también a la práctica observada reiteradamente a lo largo de varias décadas en la aplicación de la misma y es coherente con el propósito de seleccionar a quienes mejores méritos y capacidad demuestren en el proceso selectivo para desempeñar las funciones propias de los jueces o del ministerio fiscal.

La demanda ha hecho un importante esfuerzo para argumentar lo contrario pero lo cierto es que su tesis choca no sólo con el texto del artículo 302 sino también con los inconvenientes que traería trasladar al momento del efectivo ingreso en la Carrera Judicial o en la Fiscal la acreditación de los requisitos de los artículos 302 y 303. La contestación a la demanda de la Sra. Frida los pone de manifiesto.

En definitiva, la argumentación de la recurrente, se vale de consideraciones muy razonables que seguramente podrían ser atendidas de regularse de otra forma la participación en el proceso selectivo contemplado por los artículos 301 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial pero que chocan con las normas que hoy por hoy establece. De ahí que su pretensión viene a ser no tanto la de que interpretemos ampliamente los preceptos aplicables cuanto la de que prescindamos de lo establecido por su artículo 302, que es algo bien distinto.

OCTAVO. La singularidad del caso.

Cuanto hemos dicho supone que el fallo debe ser desestimatorio.

No obstante, nuestro pronunciamiento no sería completo si no pusiéramos de manifiesto que el debate entablado en este proceso y, antes, las decisiones de signo contrario adoptadas por la Comisión de Selección se explican, sin duda, por las muy singulares circunstancias que se han dado. Singularidad que ha hecho que se proyecten sobre preceptos que contienen reglas claras, consideraciones inspiradas en criterios de justicia material.

La Sala entiende, en contra de lo que apuntan las resoluciones de la Comisión de Selección de 15 de febrero de 2016 y de lo que afirma la Sra. Frida en su contestación y en sus conclusiones, que ni el expediente ni las actuaciones ofrecen elementos para concluir que la recurrente obrara con mala fe o incurriera en falsedad.

Consta, según se ha dicho, que participó en la convocatoria porque obtuvo un certificado negativo de antecedentes penales: el de 29 de enero de 2015, de manera que, si la Comisión de Selección le hubiera reclamado, de acuerdo con la base E-3, que acreditase este requisito de capacidad, la Sra. Elvira lo habría hecho. Luego, fue igualmente ella quien planteó la discordancia entre el primer certificado y el segundo, expedido el 30 de noviembre de 2015. Ese primer certificado no puede esgrimirse para fundamentar la pretensión de la recurrente, pero sí sirve para excluir su mala fe y que faltara a la verdad, todo ello sin perjuicio de que, cualquiera que fuera su conocimiento del régimen jurídico de los antecedentes penales, bien podía considerar en todo

caso que le asistían las razones que apreció la Comisión de Selección en su resolución de 22 de diciembre de 2015 y que, después, ha alegado en la demanda y en sus conclusiones.

No debe pasarse por alto que en esa ocasión, si bien por un solo voto de diferencia, se manifestó a su favor y que, luego, dos meses después, al resolver los recursos de reposición, la mitad de ese órgano siguió sosteniendo que debía mantenerse entre los aprobados a la Sra. Elvira de modo que tuvo que ser el voto de calidad de su nuevo presidente el que, al igualar la votación, dirimiera el empate.

Estas circunstancias hacen pensar que las consecuencias que ha supuesto la decisión final de la Comisión de Selección para la recurrente, pese a su legalidad, puedan ser excesivas desde la perspectiva de la equidad que también informa el ordenamiento jurídico según el artículo 3.2 del Código Civil. Precepto que, si bien no autoriza a esta Sala resolver de otra manera a como lo está haciendo, no es obstáculo para que el Consejo General del Poder Judicial busque una solución que se acomode a él.

(STS 1604/2017, de 24 de octubre, rec.4334/2016. Sala 3ª, Secc.4ª. Magistrado ponente Sr. Murillo de la Cueva).

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía¹

I. ACTO ADMINISTRATIVO.

Revocación de licencia de armas a procesado por delito de violencia de género. Improcedencia. Discrecionalidad administrativa en el otorgamiento y revocación de estas licencias.

Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo el 21 de mayo de 2014 contra la resolución de 14 de marzo de 2014 dictada por la Subdelegación del Gobierno en Granada que desestimó el recurso de reposición deducido el 16 de enero de 2014 contra la resolución de 26 de diciembre de 2013 del Subdelegado del Gobierno en Granada dictada en el expediente NUM000 , que revocó la licencia de armas tipo E.

La parte recurrente aduce que los hechos en forma de antecedentes que ha ponderado la Administración para tomar el acuerdo ahora impugnado no ponen de manifiesto una conducta reveladora de un potencial riesgo para terceras personas que puedan derivarse del mantenimiento de la autorización al recurrente para usar armas de caza y que puedan justificar su revocación.

Los datos que barajó la Administración para el inicio del expediente de revocación de la licencia de armas y que concluyó con la resolución que así lo acordaba, fueron los que contenía el informe emitido por el Teniente Interventor de Armas de la Guardia Civil el 13 de diciembre de 2013. La resolución del Subdelegado objeto de la presente litis en los hechos que consigna reseñaba el informe de la Unidad de Violencia sobre la Mujer de 8 de octubre de 2013 recoge que” la ex pareja declara que venía sufriendo malos tratos psicológicos, vejaciones y amenazas durante el comienzo de la relación hace 18 años...(..) También destacó que su ex pareja prestó especial atención en buscar y llevarse las cartuchos de las escopetas las cuales se las había llevado previamente cuando vino en febrero- es decir 10 meses antes de ese informe-”.

¹ Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN. Catedrático de Derecho Administrativo, Univesidad de Sevilla.

La parte recurrente esgrime que el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número dos de Santa Fé en las Diligencias Urgentes de Juicio Rápido número 61/2013, dictó auto de sobreseimiento provisional y su archivo porque no existían elementos suficientes para acordar la apertura del Juicio oral contra el acusado imputado como autor de un delito de malos tratos del artículo- sic-1563 del Código Penal. Esa resolución la dicta, según expone, porque la declaración de un testigo que presencié los hechos puso de manifiesto al Juzgador que las lesiones que pudiera presentar la denunciante derivarían de un golpe fortuito cuando ambos, la denunciante y el denunciado, fueron a coger al mismo tiempo las llaves. Ello hizo que se declarara el sobreseimiento provisional, el archivo de las actuaciones y que no hubiera lugar a la adopción de las medidas cautelares de alejamiento o protección. Así mismo el Ministerio Fiscal no se opuso a que las armas requisadas al ahora recurrente se devolvieran, lo que se acordó el 8 de octubre de 2013 mediante oficio dirigido a la Intervención de Armas de la Guardia Civil. Igualmente la parte recurrente asevera que esas armas se vendieron, sin que haya aportado documento que acredite esa transmisión.

Quedaría incompleta la anterior reseña fáctica si no añadiéramos que con posterioridad al dictado de la resolución ahora cuestionada, a raíz de las Diligencias Previas número 251/2014, el 26 de mayo de 2016 el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Tres de Santa Fé dictó auto elevando a aquellas a Procedimiento Abreviado número 42/2014, por un delito de acusación y denuncia falsa del artículo 456 bis del Código Penal contra doña Miriam por la denuncia que en su día formuló contra el ahora recurrente y que concluyó con el auto de sobreseimiento ya referido.

Expuesto el objeto de la controversia en el fundamento anterior, hemos de tener en cuenta, como con reiteración viene declarando el Tribunal Supremo, que el acto administrativo de concesión o denegación de la licencia de armas, y en su caso la revocación, se encuadra dentro de lo que constituye el ejercicio de una potestad discrecional, pero que no puede convertirse en arbitrariedad, al estar ésta rechazada por el artículo 9.3 de la Constitución . Por ello, la concesión o denegación, al igual que la revocación, ha de basarse en la consideración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, a fin de valorar si los solicitantes de licencia o permiso de armas (o aquellos respecto de los cuales se pretende su revocación) reúnen, conforme a lo previsto en el Reglamento de Armas (aprobado por R.D. 137/1993, de 29 de enero), las aptitudes psicofísicas adecuadas y los conocimientos necesarios en orden a la conservación, mantenimiento y manejo de las armas, de tal modo que su posesión no constituya razón de peligro para sí ni

para terceras personas (sentencia de 5 de febrero de 1996). Según la misma doctrina, habrán de examinarse los informes de conducta y antecedentes del solicitante para valorar la concesión o denegación.

Igualmente, el Tribunal Supremo, en diversas sentencias (entre las que podemos citar las de 14 de noviembre de 1984, 21 de junio de 1985, 17 de enero y 8 marzo de 1986, así como la de 4 de junio de 1998), ha afirmado que en los supuestos de autorización, renovación o revocación de permisos de armas, nos encontramos ante supuestos de “autorización”, en los que la valoración de las circunstancias, hechos o datos concurrentes, exige, por razón del interés general, una atribución de facultad discrecional a favor de la autoridad concedente y que no puede ser desconocida en ningún caso, sin que ello suponga una atribución de poder arbitrario. Y en este sentido es posible que el juicio de la autoridad gubernativa incida en error por no apreciar de forma correcta los hechos determinantes o dar por existentes ciertos hechos negativos que no merezcan tal calificación a los efectos de denegar la autorización solicitada o su revocación.

En definitiva, podemos establecer como principios generales sobre la concesión de la licencia de armas, a la luz de la doctrina jurisprudencial expuesta, los siguientes:

- a) Que no existe un derecho incondicional a la obtención de la licencia, debiendo prevalecer un criterio restrictivo siguiendo la orientación de la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.
- b) Que la concesión de la licencia no es un acto reglado, sino discrecional, que no admite la arbitrariedad administrativa, siendo susceptible de control jurisdiccional.
- c) Que prima el interés general manifestado en la seguridad sobre el interés privado, procediendo la denegación si existe un posible riesgo propio o ajeno.
- d) Que es preciso analizar todas las circunstancias que rodean al caso concreto, para ver si de ellas existe o no o puede derivarse la peligrosidad del peticionario que justificaría o no la denegación de la licencia.

Resulta obligado recordar el carácter restrictivo de la concesión de permisos o licencias para la tenencia de armas de fuego. En efecto, ya el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de abril de 2008 (RJ 2008,1891), con cita de sentencias anteriores, destacaba ese nuevo carácter que rige esta materia debido al cambio normativo operado por la promulgación del nuevo Reglamento de Armas, aprobado por el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, en comparación con el antiguo Reglamento, aprobado

por Real Decreto 2179/1981. Dijo en esa y en anteriores sentencias que “una cosa es que el procedimiento no haya cambiado y otra cosa es que haya identidad en los preceptos citados. No la hay. Porque claramente se advierte la introducción de un punto de rigor en la nueva reglamentación que no se limita a hablar de discrecionalidades sino que se añade... que la expedición de la licencia tendrá carácter restrictivo limitándose a supuestos de existencia de riesgo especial o de necesidad” Añadiéndose que “es claro, pues, que bajo la normativa anterior la libertad estimativa que contiene toda potestad discrecional ha sido reducida, pues el otorgamiento queda sujeto a un mandato imperativo muy preciso: la citada potestad de otorgamiento ha de ejercerse de manera restrictiva”.

Así pues, la jurisprudencia ya ha declarado con reiteración, y en lo que aquí importa: 1) que no existe en nuestro Ordenamiento Jurídico un derecho a obtener licencias de armas, cuya expedición tiene carácter restrictivo; 2) que hay que realizar una valoración global de las circunstancias personales del solicitante.

En esa línea expositiva, debemos reseñar igualmente que tampoco la existencia del derecho a cazar a que se refiere el artículo 3 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, desvirtúa las anteriores conclusiones, puesto que, como se desprende del apartado 4 de dicho precepto, la efectividad de aquel derecho requiere la previa obtención del correspondiente permiso, cuando se pretenda utilizar armas u otros medios que precisen de autorización especial.

Conforme a una reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de la que son exponente las sentencias de 28 de enero de 2008 (RC 1059/2004), de 21 de mayo de 2009 (RC 500/2005), y de 27 de noviembre de 2009 (RC 6374/2005), el artículo 98.1 del Reglamento de Armas, que dispone que « En ningún caso podrán tener ni usar armas, ni ser titulares de las licencias o autorizaciones correspondientes, las personas cuyas condiciones psíquicas o físicas les impidan su utilización, y especialmente aquellas personas para las que la posesión y el uso de armas representen un riesgo propio o ajeno », determina que el control administrativo que se describe en este precepto no sólo se extiende al momento de la concesión de la licencia o autorización, sino que también se proyecta sobre el mantenimiento de las mismas aptitudes o condiciones exigibles para ser titular de la licencia concedida, de manera que cuando, una vez concedida la autorización, la Administración tiene conocimiento de nuevas circunstancias, que han alterado las condiciones originarias concurrentes al tiempo del otorgamiento, o han determinado

su desaparición, debe valorar este nuevo estado de cosas y motivar sobre la necesidad de su revocación.

Por tanto, un correcto entendimiento del precepto reglamentario lleva a considerar que no procederá la concesión de la licencia o procederá la revocación de la autorización previamente concedida cuando se constate que no se cumplen las condiciones exigibles, sea porque se advierten en el titular de la licencia condiciones psíquicas o físicas que no se consideran compatibles con la utilización de armas de fuego, sea por la concurrencia de circunstancias de las que se derive que la posesión y uso de armas comporta un riesgo propio o de terceros.

En este sentido, resulta obligado volver a reiterar el carácter restrictivo de la concesión de permisos o licencias para la tenencia de armas de fuego. En la sentencia de 8 de abril de 2008 (RC 1564/2004), ya reseñada, con cita de sentencias anteriores, se ha destacado el carácter restrictivo que rige esta materia debido al cambio normativo operado por la promulgación del nuevo Reglamento de Armas, aprobado por el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, en comparación con el antiguo Reglamento, aprobado por Real Decreto 2179/1981. En la mencionada sentencia, el Tribunal Supremo dijo: « [...] una cosa es que el procedimiento no haya cambiado y otra cosa es que haya identidad en los preceptos citados. No la hay. Porque claramente se advierte la introducción de un punto de rigor en la nueva reglamentación que no se limita a hablar de discrecionalidades sino que se añade ... que la expedición de la licencia tendrá carácter restrictivo limitándose a supuestos de existencia de riesgo especial o de necesidad”. Añadiéndose que “es claro, pues, que bajo la normativa anterior la libertad estimativa que contiene toda potestad discrecional ha sido reducida, pues el otorgamiento queda sujeto a un mandato imperativo muy preciso: la citada potestad de otorgamiento ha de ejercerse de manera restrictiva.».

Y se ha de recordar que, conforme a una reiterada jurisprudencia de este Tribunal, no existe un derecho subjetivo a la tenencia de armas de fuego, dado que nos hallamos ante una materia sobre la que las autoridades administrativas poseen una amplia facultad discrecional para valorar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. Como es lógico, esta discrecionalidad no supone exclusión de la posibilidad de revisar en vía jurisdiccional los actos administrativos dictados al amparo de aquella potestad, pero ello no implica en ningún caso una restricción del margen de apreciación que corresponde a dichas autoridades, habida cuenta del peligro que representa este tipo de armas, con la consiguiente necesidad

de un adecuado control administrativo de las mismas. Ciertamente, son numerosas las sentencias en las que el Tribunal Supremo se ha referido al carácter restrictivo de la concesión de permisos o licencias para la tenencia de armas de fuego; así, pueden verse, entre otras, las sentencias de 21 de mayo de 2009 (casación 500/05), 27 de noviembre de 2009 (casación 6374/2005) y 22 de enero de 2010 (casación 459/2006).” Siendo de trascendental importancia no olvidar la singularidad del supuesto que se enjuicia en cada litis, ya que, como ha tenido ocasión de expresar el Tribunal Supremo en múltiples sentencias,” el examen de cada caso requiere que sean tomadas en consideración y valoradas las específicas circunstancias que en él concurren”.

La valoración de la aptitud para el uso de las armas, a que se refiere el artículo 98.1 del Reglamento citado, según nuestra jurisprudencia, debe basarse en una apreciación global de todos los datos disponibles de la conducta del solicitante, que no resultan ajenos a la concurrencia, o no, de antecedentes penales, o a la cancelación, o no, de los mismos. En este sentido se ha declarado que « La mera carencia de antecedentes penales, o la cancelación de los existentes, no constituyen por sí solas razones suficientes para la concesión o el mantenimiento de la licencia de armas (en este sentido, y respecto de la cancelación de antecedentes penales, STS de 14 de noviembre de 2000, RC 7494/1996), ni puede decirse que solo por no tener antecedentes penales, o por tener cancelados los existentes, se tenga ya derecho a la concesión o al mantenimiento de dicha licencia. Al contrario, por encima de ese dato formal, es preciso apreciar de forma singularizada unas cualidades personales en el interesado que permitan concluir que de la concesión y mantenimiento de la licencia no se seguirá riesgo alguno ni para el propio interesado ni para terceros» (STS de 21 de enero de 2010 dictada en el recurso de casación nº 7652/2005). Por ello, es esencial a la hora de enjuiciar la decisión judicial impugnada, ponderar si fueron tomadas en consideración y valoradas las específicas circunstancias que en él inciden.

Quedaría incompleta la anterior reseña si no añadiéramos que no nos encontramos en presencia de un procedimiento sancionador, sino ante un particular régimen de autorizaciones administrativas para la tenencia y uso de armas, en razón del peligro de éstas, cuya concesión dependerá de la conducta del peticionario y de las particulares circunstancias que en él concurren, puestas en relación con el interés público que trata de prevenirse. Pero en todo caso debemos tener en cuenta que el ya citado Reglamento de Armas aprobado por Real Decreto 137/93, de 29 de enero , en ningún momento condiciona la obtención de los permisos de armas, al requisito de

carecer de antecedentes penales en vigor, sino que alude a un concepto más amplio, consistente en la ausencia de peligro en el sujeto, ya que frente a otros sistemas jurídicos que consideran la posesión de armamento como un derecho, nuestro ordenamiento estima que la posesión de armas constituye un peligro para el propio titular y para los demás; de ahí que someta dicha posesión a una serie de requisitos especiales que deben concurrir y cuya inexistencia determina la denegación, la revocación o la falta de renovación de la correspondiente licencia, dado que la ausencia de estos requisitos supone una situación de peligro inadmisibles para el resto de la comunidad.

Con todas estas consideraciones jurídicas y jurisprudenciales sobre la materia que nos ocupa, la Sala aprecia que el parecer de la Administración, plasmado en la resolución impugnada, no se acomoda a las prescripciones del artículo 98.1 del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero por el que se aprueba el Reglamento de Armas, pues la conducta descrita del ahora recurrente según se declaró en el auto de sobreseimiento, en base a la declaración de un testigo, no integran los hechos que se le imputaban y tampoco se erigían en el momento de la resolución judicial en riesgo o peligro potencial que pudiera aconsejar y acordar esa revocación, recuérdese que el Ministerio Fiscal no se opuso a la devolución de las armas incautadas y que el Juzgado accedió a su entrega. Todo lo expuesto y razonado es lo que nos determina a estimar el recurso, y anular, dejando sin efecto el acto impugnado y sin que de conformidad con el artículo 139 de la LJCA haya lugar a hacer pronunciamiento sobre la condena en las costas causadas en esta instancia.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación, la Sala dicta el siguiente

FALLO

1.- Estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de don Saturnino contra la resolución de 14 de marzo de 2014 dictada por la Subdelegación del Gobierno en Granada que desestimó el recurso de reposición deducido el 16 de enero de 2014 contra la resolución de 26 de diciembre de 2013 del Subdelegado del Gobierno en Granada dictada en el expediente NUM000 , que revocó la licencia de armas tipo E., acto que anulamos por no ser conforme a Derecho.

2.- Sin expresa condena en las costas.

(St. 17 de octubre de 2017. Sala de Granada. Ponente J.A. Santandreu Moreno)

IV. BIENES PÚBLICOS.

Aguas. Pozos en medio privado. Comunicación para su uso no concesión. Procedimiento y límites. Procedencia del uso.

Constituye el objeto de la presente apelación la sentencia que estima parcialmente el recurso interpuesto contra la resolución desestimatoria del recurso de alzada deducido frente a la resolución de 15 de agosto de 2011 del Director General de Planificación y Gestión del Dominio Público Hidráulico que acordaba la disconformidad a la comunicación de uso privativo de aguas públicas por disposición legal a efectos de su inscripción en la Sección B del Registro de Aguas, de un pozo sito en la FINCA000 del término municipal de El Puerto de Santa María, efectuada el 11 de febrero de 1999 a la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir.

La sentencia considera que se ha prescindido del procedimiento legal establecido en el art. 88 de la Ley de Aguas (en realidad es del Reglamento del Dominio Público Hidráulico), por falta de audiencia al interesado, pero estima el recurso sólo parcialmente considerando que el órgano judicial no puede resolver la inscripción del aprovechamiento “al no ser objeto del acto administrativo ni estar dotado de la capacidad decisoria sobre su procedencia”.

Contra dicha sentencia se alza la Administración alegando que la norma no contempla trámite de audiencia previo a la decisión de conformidad o disconformidad con la comunicación del aprovechamiento, y no concurre, por tanto, causa alguna de nulidad o anulabilidad de los arts. 62.1 .e) y 63 de la Ley 30/1992 . Por su parte, el interesado se opone a la apelación interesando la confirmación de la sentencia por sus propios razonamientos. De aquí se deriva que el objeto de esta alzada es exclusivamente examinar si se ha prescindido o no del procedimiento legal establecido en el art. 88 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, por falta de audiencia al interesado, como así aprecia la sentencia impugnada que ha sucedido, quedando pues fuera del debate en esta alzada el pronunciamiento judicial contenido en la sentencia relativo a la imposibilidad de resolver la inscripción del aprovechamiento “al no ser objeto del acto administrativo ni estar dotado de la capacidad decisoria sobre su procedencia”.

El artículo 52 de la Ley de Aguas 29/1985, de 2 de agosto -actual artículo 54 del Texto Refundido de la Ley de Aguas -, estableció un régimen especial en su apartado 2 al prever que “en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, se podrán utilizar en un predio, aguas procedentes de manantiales situados en su interior y aprovechar en él aguas subterráneas,

cuando el volumen total anual no sobrepase los 7.000 metros cúbicos. En los acuíferos que hayan sido declarados como sobreexplotados, o en riesgo de estarlo, no podrán realizarse nuevas obras de las amparadas por este apartado sin la correspondiente autorización”. Ese derecho al uso privativo de las aguas de un predio por disposición legal, se desarrolla en los artículos 84 y siguientes del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril. Como declaró la sentencia del Tribunal Constitucional 17/1990, de 7 de febrero, siguiendo la doctrina ya sentada en la anterior 277/1988, de 29 de febrero, lo que dicho precepto establece es “una excepción a la regla general establecida en el artículo 57 -todo uso privativo de las aguas no incluido en el artículo 52 requiere concesión administrativa-, es decir, ese derecho no queda sometido a concesión, sino a la comunicación del titular al Organismo de Cuenca a los efectos procedentes, acreditando la propiedad y adjuntando plano parcelario y otros datos técnicos sobre el aprovechamiento pretendido (artículos 85 y siguientes). En todo caso, como decimos, el volumen total anual no puede sobrepasar los 7.000 metros cúbicos.

Pues bien, constan las siguientes actuaciones por parte del interesado y de la Administración:

En aquella comunicación de 11 de febrero de 1999 se expresaba que el pozo tenía una profundidad de captación de quince metros, y de agua de cinco metros, un diámetro de 240-160 milímetros siendo el tipo de construcción un tubo de PVC de 160 milímetros, que el destino del agua era el uso doméstico y riego por aspersores de 220 metros cuadrados; se expresaba también que se trataba de un chalet, se indicaba que los caudales máximo instantáneo y equivalente eran de 1,06 y 0,14 litros por segundo, respectivamente, que la finca no tenía otras captaciones, que el pozo estaba a más de treinta metros del aprovechamiento más próximo, y que el volumen total anual a emplear era de 4.500 metros cúbicos.

Consta en el expediente como primera actuación administrativa un requerimiento de documentación en octubre de 2005 para que se aportara plano parcelario catastral y memoria técnica justificativa de las necesidades hídricas.

Al aportar dicha documentación el recurrente alegaba en esa memoria justificativa que en la solicitud de 1999 se puso por error que el volumen total anual a emplear era de 4.500 metros cúbicos cuando era de 500 metros cúbicos anuales, aproximadamente, por destinarse el pozo al riego del

jardín, y no existir piscina ni utilizarse el agua de la captación para uso doméstico de la vivienda.

Consta a continuación en el mismo expediente un acta de la diligencia de reconocimiento sobre el terreno de 24 de julio de 2007 que no pudo llevarse a cabo porque, según se hacía constar, “tras citarse al solicitante para el reconocimiento de campo de la captación, éste no se presentó a dicha citación”, obrando la efectiva notificación.

Consta después la propuesta de resolución efectuada por la Jefe de Servicio de Gestión del Dominio Público Hidráulico en la que, invocando el art. 173 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, y dado que que la captación se encuentra dentro de los perímetros de protección del acuífero 05.58: Puerto de Santa María, definidos en la Orden de 13 de agosto de 1999 por la que se aprueban las determinaciones de contenido normativo del Plan Hidrológico de la cuenca del Guadalquivir, se concluye que el aprovechamiento no es compatible con las limitaciones establecidas en la citada Orden. La resolución de 15 de agosto de 2011 del Director General de Planificación y Gestión del Dominio Público Hidráulico acoge esta propuesta y acuerda la disconformidad a la comunicación.

Así las cosas el recurso ha de prosperar. Lo que establece el art. 88 ya citado es lo siguiente: “1. El Organismo de cuenca, con reconocimiento sobre el terreno si lo considera preciso, comprobará la suficiencia de la documentación aportada y la adecuación técnica de las obras y caudales que se pretendan derivar para la finalidad perseguida.

2. En caso de conformidad, lo comunicará al dueño de la finca, procediendo a inscribir la derivación a su favor, con indicación de sus características.

3. En caso de disconformidad lo comunicará, asimismo, al dueño del predio, señalándose las omisiones de la documentación, la causa de inadecuación técnica de las obras o caudales, las modificaciones que en su caso sea preciso introducir o la causa de ilegalidad de la derivación, prohibiendo al mismo tiempo la misma, sin perjuicio de que el usuario pueda reiterar su petición una vez corregidas aquéllas”.

El acuerdo de disconformidad no se hizo prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, sino conforme a él. Hubo un requerimiento por la Administración para se aportara la documentación que faltaba, plano parcelario catastral y memoria técnica justificativa del volumen de agua a emplear; hubo una desatención por el interesado a la convocatoria que se efectuó para la práctica de la diligencia de reconocimiento sobre el terreno;

sin que el precepto citado exija nueva audiencia antes del pronunciamiento sobre la disconformidad por diversos defectos o insuficiencias en la documentación presentada “sin perjuicio de que el usuario pueda reiterar su petición una vez corregidas aquéllas”.

Además, resultó que la disconformidad se basaba en hallarse la captación dentro de los perímetros de protección del acuífero 05.58: Puerto de Santa María, lo que para la Administración era un motivo impeditivo para prestar la conformidad a la comunicación, invocando para ello el art. 173 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico , que en su apartado 1 señala que “el Organismo de cuenca podrá determinar perímetros de protección del acuífero en los que será necesaria su autorización para la realización de obras de infraestructura, extracción de áridos u otras actividades e instalaciones que puedan afectarlo (art. 54.3 de la LA)”, y en el apartado 4 dispone que “dentro del perímetro establecido, el Organismo de cuenca podrá imponer limitaciones al otorgamiento de nuevas concesiones de aguas y autorizaciones de vertido, con objeto de reforzar la protección del acuífero. Dichas limitaciones se expresarán en el documento de delimitación del perímetro y se incluirán en el Plan Hidrológico de la cuenca”. Este motivo fue combatido en el recurso de alzada por el interesado, y en la misma instancia, como lo ha podido hacer en esta apelación de impugnarse el pronunciamiento de la sentencia estimando sólo parcialmente el recurso.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción , no procede pronunciamiento de condena al pago de las costas causadas en esta instancia.

(St. de 19 de octubre de 2017. Sala de Sevilla. Ponente V Valpuesta Fernández)

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA.

Valoración de fincas rústicas; método aplicable. Motivación de los acuerdos del jurado de Expropiación.

El objeto del presente recurso contencioso administrativo es la resolución de fecha de 17-6-11 dictada por el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa en Almería fijando el justiprecio de la finca CUE 137 afectada por la obra de la autopista AP-7, que valora el suelo expropiado como de labor regadío a 3, 60 euros/ m² (valorando por este importe una superficie de 1.780 m²) y concediendo indemnización por Ocupación temporal de 2.348 m² y por servidumbre de paso sobre 73 m²; fijando un total de 6.691, 61 euros como justiprecio más 5% del premio de afección.

La parte recurrente, en su escrito de demanda, solicita la estimación del recurso, con nulidad del acto administrativo recurrido, justificándolo en las siguientes argumentaciones:

1.- Por la DT 3a de la Ley del Suelo 8/07 es de aplicación al presente expediente lo establecido en el art. 23 de la Ley 6/98 según el cual las valoraciones de suelo se efectuarán con arreglo a los criterios establecidos en la citada ley.

2.- El acuerdo del Jurado es nulo de pleno derecho por infracción de los arts. 9.3 y 24 CE , 35 LEF y 54 y 89 Ley 30/92 . El acuerdo carece de la motivación exigida legalmente en relación a la procedencia e idoneidad de los datos y parámetros utilizados.

3.- El acuerdo del Jurado es nulo de pleno derecho por infracción del art. 26 TRLS, que establece que inicialmente el valor del suelo no urbano se determinará por el método de comparación a partir de fincas análogas, y sólo cuando no sea posible aplicarlo procederá el método de capitalización de rentas. En el presente expediente deben ser considerados como valores comparables los precios publicados por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación a partir de las encuestas sobre el precio de la tierra, que han sido determinados en función de datos estadísticos procedentes de los boletines oficiales de estadística agraria.

El precio determinado por el Jurado es muy superior a los precios reales establecido para fincas agrícolas análogas a la de este expediente, atendidos los precios de venta de fincas análogas de suelo labor regadío, que se valoran a 2, 55 euros/m² según tablas de precios fijadas por la Consejería de Agricultura o de 1, 35 euros/ m² fijados en contratos de compraventa de fincas análogas o de 1,44 euros/m² para fincas expropiadas para la misma obra y adquiridas de forma amistosa.

Consecuentemente, la parte recurrente insta la estimación del presente recurso con anulación del acuerdo del Jurado y retroacción de las actuaciones a la sesión del Jurado para fijación del justiprecio, y subsidiariamente, la anulación del acuerdo impugnado y la fijación del justiprecio en la cantidad de 2.953, 23- euros.

Frente a ello, la Administración demandada interesa la desestimación del recurso contencioso administrativo y la confirmación de la resolución dictada por el Jurado de Expropiación Forzosa.

Respecto a la motivación de las resoluciones administrativas, cuestión que constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico, se proclama en el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de

las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y tiene por finalidad que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del artículo 9 de la Constitución y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el artículo 24.2 CE, sino también por el artículo 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa).

El Tribunal Constitucional en su sentencia 116/1998 siguiendo una marcada y sostenida doctrina (Sentencias 58/1993 , 28/1994 ,153/1997 y 446/1996) señala que el deber de las motivaciones no autoriza a exigir un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de las cuestiones a decidir, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentaron la decisión, es decir la “ratio decidendi” que ha determinado aquella (Sentencia del Tribunal Supremo 115/96).El Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de octubre de 1981 ya afirmaba que “la motivación de los actos administrativos es la exteriorización de las razones que sirvieron de justificación, de fundamento a la decisión jurídica contenida en el acto, como necesaria para conocer la voluntad de la Administración, tanto en cuanto a la defensa del particular que por omitirse las razones se verá privado, o al menos, restringido, en sus medios y argumentos defensivos, como al posible control jurisdiccional si se recurriera contra el acto. En fin, la suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, requiriendo por el contrario examinar el caso concreto para comprobar si, a la vista de las circunstancias concurrentes, la resolución impugnada ha cumplido o no este requisito. Por lo demás la doctrina jurisprudencial (Sentencia de 21 de enero del 2003 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo) tiene declarado, de una parte, que la motivación de un acto o resolución administrativa, conforme, entre otros, a lo dispuesto en los artículos 53 y 54 de la Ley 30/1992, exige que en los mismos se concrete la actuación o abono que se pide o exige del particular y la razón o causa por la que se pide o exige, a fin de que el afectado pueda conocer con claridad y precisión lo que se pide, la causa, razón o motivo que lo origina y articular en base a ello adecuadamente su defensa; y de otra parte, conforme a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencias de 25.4.94 y 25.3.96) y de la propia Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sentencias de 25.1.00 y 4.11.02) la motivación de una

resolución puede hacerse bien directamente, bien por referencias a informes o dictámenes obrantes en las actuaciones.

En consecuencia, no cabe confundir la brevedad y concisión de términos de los actos administrativos resolutorios con la falta de motivación, ni es necesario exponer los motivos de la decisión cuando están presupuestos en la misma, bastando para estimar cumplido ese requisito con que, aún sumariamente, se indique de forma inequívoca el fundamento de la resolución. En verdad, la motivación del acto administrativo no depende del grado de suficiencia considerado necesario por los particulares interesados, sino que basta con que se pueda conocer con la mayor certeza posible la verdadera voluntad del órgano actuante para que se entienda suficientemente motivado. En suma, la motivación escueta o sucinta de todo acto administrativo, si es suficientemente indicativa, no equivale a ausencia de motivación ni acarrea su nulidad, pues la sucinta referencia motivadora no requiere una exhaustiva y completa referencia táctica y jurídica del proceso conformador de la voluntad administrativa.

Del acuerdo del Jurado se destaca que, aunque somera en determinados puntos, la motivación ha de entenderse suficiente para cumplimentar las exigencias determinadas en el art. 54 Ley 30/92.

En primer lugar se cuestiona el método de valoración utilizado por el Jurado de Valoración.

Para resolver esta cuestión ha de determinarse cuál es la normativa aplicable. Señala el artículo 36.1 de la L.E.F que “ Las tasaciones se efectuarán con arreglo al valor que tengan los bienes o derechos expropiables al tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio, sin tenerse en cuenta las plusvalías que sean consecuencia directa del plano o proyecto de obras que dan lugar a la expropiación y las previsibles para el futuro “.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2003, que ha tenido su continuación en las de 23 de febrero y 9 de junio de 2005 y 7 9 diciembre 2006, lo deja bien claro:”... la fecha que determina la legislación a aplicar es la de la aprobación de la necesidad de ocupación y de la relación de los bienes expropiados que, indudablemente, es anterior a la fecha de requerimiento para el levantamiento del acta previa a la ocupación [...] aun cuando la valoración del bien haya de efectuarse con referencia al momento en que el recurrente es citado y requerido para la presentación de la hoja de aprecio conforme dispone el artículo 36.1 de la Ley de Expropiación Forzosa “.

En resumen, a la expropiación en general se aplica la norma que se hallare en vigor en el momento en que se inicia el expediente expropiatorio, esto es,

cuando se adopta el acuerdo de necesidad de la ocupación; y la valoración de los terrenos se fija en atención a la fecha en que comienza el expediente o pieza separada de justiprecio, que es el momento en que se requiere al propietario expropiado a fin de que presente la hoja de aprecio.

Y con estas consideraciones, el requerimiento de hoja de aprecio particular al propietario es la fecha determinante para entender iniciado el expediente de justiprecio, y por lo tanto, la fecha a la que debe referirse la calificación de los bienes a expropiar a efectos de su valoración.

Con ello ha de estarse a la legislación vigente al tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio, que debe ser la Ley del Suelo 6/98.

En relación al suelo rústico, el art. 26 de la Ley 6/1998, de 13 de abril del Régimen del Suelo y Valoraciones estatúa que “ 1. El valor de este suelo se determinará por el método de comparación a partir de valores de fincas análogas. A estos efectos, la identidad de razón que justifique la analogía deberá tener en cuenta el régimen urbanístico, la situación, tamaño y naturaleza de las citadas fincas en relación con la que se valora, así como, en su caso, los usos y aprovechamientos de que sean susceptibles. 2. Cuando por la inexistencia de valores comparables no sea posible la aplicación del método indicado en el punto anterior, el valor del suelo no urbanizable se determinará mediante la capitalización de las rentas reales o potenciales del suelo, y conforme a su estado en el momento de la valoración” .

El criterio preferente para la valoración de fincas rústica es el de comparación con otras análogas (apartado 1), reservando al de capitalización de rentas (apartado 2) un papel subsidiario para el caso de que no pueda aplicarse el primero por falta de elementos de contraste; ambos métodos no son alternativos [sentencias de 22 de junio de 2005 (casación 3162/02, FJ 2 º) y 16 de mayo de 2007 (casación 10101/03, FJ 2o).

Siendo aplicable la ley de 98 el primer método de valoración de la finca es la de comparación con fincas análogas, para lo cual la orden Ministerial ECO/805/2003, de 27 de marzo, exige disponer de información suficiente sobre al menos seis transacciones u ofertas de comparación que reflejen adecuadamente la situación actual del mercado. Ni estas seis referencias se ha aportado por la parte recurrente para aplicar el método comparativo, ni se puede aplicar, como pretende la parte recurrente, el estudio estadístico realizado por el Ministerio de Agricultura sobre precios de suelo rústico en la provincia de Almería, pues tiene gran indeterminación respecto de la finca en concreto a valorar. Así, la normativa aplicable determina que debe aplicarse el método de capitalización de rentas, y al no tenerse datos

concretos y específicos de la producción de la finca, debe estarse a una valoración potencial de los rendimientos dada la condición de la finca.

Por ello, procede aplicar el método de capitalización de rentas, que no se contrapone de una forma adecuada por la parte recurrente que viene a reproducir las valoraciones establecidas en su hoja de aprecio, atendiendo a las justificaciones establecidas por el Jurado respecto de las condiciones propias de la finca a expropiar.

Lo anteriormente expuesto determina la aplicación del criterio expuesto por el Jurado Provincial de Expropiaciones forzosas, el que no ha sido desvirtuado por la parte recurrente, debiendo recordar que, en materia expropiatoria, según consolidada doctrina jurisprudencial, es relevante el principio del favor acti, en cuya virtud se concede a los Acuerdos del Jurado de Expropiación Forzosa (doctrina trasladable a las Comisiones Territoriales de Valoración de las Comunidades Autónomas) una presunción de legalidad y acierto que los hacen merecedores de ser acogidos con el crédito y autoridad que se desprende de su doble composición técnica y jurídica y de su especialización, si bien tal presunción, como *iuris tantum* que es, puede, y debe, ser revisada en esta vía jurisdiccional, tanto en los supuestos de notorio error de hecho o de infracción de preceptos legales, como en aquellos otros en que se acredite una desajustada apreciación de los datos materiales o la valoración no esté en consonancia con la resultancia fáctica del expediente, representativos de un desajustado justiprecio acreditativo de la falta de compensación material para el expropiado que el instituto de la expropiación comporta, aunque, a la luz de tales principios -los de sustitución patrimonial íntegra y equivalencia consustantiva-, lo que no cabe es sustituir pura y simplemente el criterio del Jurado por el del expropiado, ni siquiera por el del Tribunal, ni aun por el dictamen pericial practicado en autos, a menos que este dictamen tenga la adecuada fuerza de convicción por apoyarse en presupuestos fácticos y legales que avalen sus conclusiones. También se ha dicho por esta Sala que la valoración del Jurado está amparada por la presunción de acierto de las resoluciones de esta clase de órganos, no siendo dable aceptar que la prueba que se aporte en contra de la corrección del acuerdo del JEF sea el informe que se adjunte por el recurrente junto con su hoja de aprecio, ya que se incorpora al expediente administrativo a su instancia y, por tanto, no reúne los requisitos necesarios para desvirtuar la presunción de legalidad y acierto de las resoluciones del Jurado Provincial de Expropiación (sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1989, 18 de mayo de 1992, 30 de marzo de 1993, 12 de abril de 1995, pues el informe aportado por el interesado con su hoja de aprecio tiene carácter necesariamente parcial (sentencias de 30 de

junio de 1992, de 26 de enero y 30 de marzo de 1993), por lo que no puede prevalecer por sí solo sobre los acuerdos del Jurado.

A este respecto, insistiendo en la misma idea, establece la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 26 de noviembre de 1998 (ponente, Excmo. Sr. D. Francisco González Navarro), que: “En sentencia de 3 de mayo de 1993 (R. 3697) la Sala 3a, Sección 6a, del Tribunal Supremo manifiesta que es jurisprudencia consolidada de esta Sala del Tribunal Supremo que las resoluciones de los Jurados gozan de la presunción “iuris tantum” de veracidad y acierto en sus valoraciones, que puede quedar desvirtuada en vía jurisdiccional cuando se acredite un notorio error material o una desajustada apreciación de los datos fácticos probatorios o infracción de los preceptos legales, reveladores de que el justiprecio señalado no corresponde al valor del bien o derecho expropiado (Sentencias de esta Sección Sexta de 12-3-1991,4-6-1991 ,14-10-1991 y 27-2-1991), de manera que no es legítimo sustituir, sin pruebas que lo justifique, el criterio valorativo del Jurado por el del Tribunal”.

En los mismos términos se expresa la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 20 de noviembre de 1997 (ponente, Excmo. D. Juan José González Rivas), cuando señala que: “A mayor abundamiento, es de tener en cuenta que esta Sala, en reiterada jurisprudencia (sentencias de 28 de noviembre de 1986, 30 de junio y 20 de octubre de 1986,17 de mayo de 1989 , 8 de marzo de 1990 y otras muchas posteriores) ha afirmado la presunción de veracidad y acierto de las decisiones en materia de justiprecio que adoptan los Jurados de Expropiación Forzosa, reconociendo la capacidad técnica y jurídica de sus componentes y la independencia que reviste sus juicios al no encontrarse vinculados a los intereses en juego, mientras no se demuestre haber sufrido un error o desviación de los que resulte manifiestamente injusta la indemnización fijada, criterio este último reiterado por el Abogado del Estado. En consecuencia, para desvirtuar dicha presunción no hubiesen sido suficientes los dictámenes e informes aportados por las partes, sin las garantías y formalidades propias de la prueba practicada en el proceso, que además no se ha practicado por la Sala de instancia, si bien la jurisprudencia mitiga los excesos de la expresada presunción, poniendo de manifiesto que un acuerdo sin fundamentar o concretar suficientemente por parte del Jurado, no puede prevalecer, a salvo la existencia de otros elementos probatorios frente a una prueba pericial practicada regularmente en el proceso si ésta tiene carácter circunstancial y razonado y su fundamentación resulta convincente y comporta, en definitiva, la necesidad de ponderar la valoración del Jurado, teniendo en cuenta los elementos de tipo argumental en que se apoya, lo que no ha sucedido en la cuestión planteada”.

El Jurado estableció como motivación para valorar la finca en cuestión a razón de 3, 60 euros/m² por su consideración de suelo de labor de regadío, destacando la información del vocal técnico ingeniero agrónomo, tras su visita a la finca de referencia, sobre la potencialidad intrínseca y extrínseca agronómica de la finca (factores climatológicos, edafológicos, orográficos, etc), aspectos referidos por la Administración demandada en la resolución impugnada.

Se han utilizado unas valoraciones que se establecen de forma constante en otros expedientes de justiprecio de expropiaciones efectuada para la realización de la misma obra pública.

Y esta motivación ha de estimarse suficiente a los efectos de determinar el valor del suelo expropiado, sin que pueda prevalecer el importe inferior defendido por la beneficiaria recurrente, y sin que proceda, como pretende la parte recurrente, fijar un precio como si de suelo de matorral se tratase, no habiendo desplegado prueba alguna tendente a determinar que fuera ésta la categoría del suelo en vez de la determinada por el Jurado.

No procede la condena en costas, de conformidad con el art. 139.1 ley de jurisdicción contenciosa administrativa de 13 de julio de 1998, al no mediar mala fe o temeridad en la parte recurrente, en su redacción anterior a la Ley 37/11.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso administrativo formulado por la representación procesal de la entidad mercantil Autopista de la Costa Cálida contra la resolución de fecha de 17-6-11 dictada por el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa en Almería fijando el justiprecio de la finca CUE 137 afectada por la obra de la autopista AP-7; y consecuentemente, se confirma el acto administrativo impugnado por ser ajustado a derecho.

Sin especial pronunciamiento sobre condena en costas.

(St. de 16 de octubre de 2017. Sala de Granada. Ponente M^a Luisa Martín Morales).

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

Competencia de la Jurisprudencia Contesioso-Administrativo para la declaración de validez de la relación funcional de interinos.

Mediante el auto apelado el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Uno de Jerez de la Frontera, declaró la inadmisión del recurso interpuesto contra la desestimación presunta del requerimiento dirigido a la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía para que se declarase que su relación con la Administración es laboral indefinida a tiempo completo desde el 18 mayo 2007 por considerar que la competencia es de la jurisdicción social.

Asunto semejante al que nos ocupa ha sido ya resuelto por esta Sala en sentencias, de 27 de septiembre de 2017, Rec. de apelación 493/2017, con criterio que, por tanto, hemos de reiterar. Así:” Debemos partir de la premisa de que la actora presta servicios como funcionaria interina y por tanto conforme al artículo 8.2.b del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, se integra en el concepto de empleado público.

Por tanto, si bien la pretensión ejercitada consiste en una declaración de que su relación con la Administración es laboral indefinida a tiempo completo, al tratarse de una funcionaria interina y no personal laboral, no resulta aplicable el artículo 2.a de la Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, pues no existe contrato de trabajo ni relación laboral, sino su sometimiento a la normativa administrativa, régimen jurídico perfectamente diferenciado del régimen del personal laboral.

En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 12 julio 2002 (RJ 2002\9332), declaró que “el orden social de la jurisdicción carece de competencia para conocer pretensiones como la que aquí se deduce porque en realidad se trata de decidir sobre la validez de la relación funcional..., lo que corresponde al orden contencioso-administrativo, como se desprende de lo prevenido por el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y por el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa “.

En consecuencia, procede la revocación del auto impugnado y la declaración de que corresponde a esta jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento del presente asunto “.

En esta misma dirección se expresó también la sentencia del TSJ del País Vasco de 21-6-11 (rec. 941/09): “...por lo que no cabe sino concluir que competente es el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo, porque lo que está en cuestión es la validez jurídica de la relación funcional interina, que es la que se encontraba vigente y de la que debemos partir, por estar en un supuesto en el que, en contra de algunos de los analizados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo al resolver conflictos de competencia,

el demandante sí llegó a tomar posesión como funcionario interino, por lo que estamos ante un supuesto en el que la relación de trabajo de régimen laboral se transformó en relación funcionarial como interino”.

Por las mismas razones, y por congruencia con lo ya resuelto por esta misma Sala y Sección, procede la estimación del recurso.

Al no haber, a nuestro juicio, circunstancias que justifiquen otro distinto pronunciamiento, de acuerdo con el art. 139.2 L.J.C.A . y dado el sentido de esta resolución, no procede hacer expresa imposición de las costas de esta segunda instancia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

PRIMERO.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía, contra el Auto de fecha 4 de abril de 2017 dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Uno de Jerez de la Frontera en el procedimiento abreviado número 106/2017 que debemos revocarlo, y lo revocamos, declarando que la jurisdicción competente para el conocimiento del presente asunto es la jurisdicción contencioso-administrativa, debiendo devolverse el procedimiento al Juzgado de procedencia para que continúe con su tramitación.

SEGUNDO.-No hacer expresa declaración sobre pago de costas procesales causadas en esta instancia.

(St. de 10 de octubre de 2017. Sla de Sevilla. Ponente P. Vargas Cabrera)

XX.RESPONSABILIDAD.

No se aprecia responsabilidad de la Administración que deja cemento en la calzada con la que choca un peatón pues el peatón “debía haber prestado mayor atención al estado de la calle. Nexo de causalidad.

La sentencia de instancia desestima el recurso contencioso, señalando que si bien existe conformidad en cuanto a los hechos, esto es, sobre la forma de producirse el accidente, no hay situación de riesgo de la que derivar el nexo casual entre el servicio público y los daños.

Considera que la necesaria relación de causalidad no se produce entre el funcionamiento del servicio público y los daños, dado que el hecho que

provoca la caída, existencia de restos de hormigón en la calzada, no tiene entidad suficiente para provocar el accidente. Se dice así que la recurrente podría deambular por el acerado, así como que debió advertir y percatarse de los restos de hormigón evitando así la caída.

El recurso de apelación combate los dos pronunciamientos que emplea la sentencia para desestimar el recurso.

En primer lugar señala que la caída se produce el día de mercadillo, con lo que la recurrente al deambular por la calzada, lo hace en un momento en que no hay tráfico rodado, y por tanto la calle sí está habilitada para el paso de peatones.

En segundo lugar se señala que la caída tiene como causa directa restos de hormigón existentes en la calzada, no perceptible y que tenían la entidad suficiente para provocar el accidente como así ocurrió.

El Ayuntamiento de Chucena impugna el recurso señalando que la calle por la que deambulaba la recurrente, por más que tuviera el tráfico restringido, no era una calle peatonal. Así como que la caída se debió a la falta de cuidado de la recurrente dado la escasa entidad del desperfecto.

Por la compañía de seguros codemandada se impugna asimismo el recurso de apelación imputando a la negligencia de la recurrente la caída, negando por otra parte la existencia de nexo imputable al Ayuntamiento demandada.

A la hora de examinar la deambulación diligente que le es exigible al peatón, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras sentencia de 17 de mayo de 2001) y la práctica emanada de los Tribunales Superiores de Justicia (sentencias del TSJ de Andalucía, Sala de Sevilla de 21 de septiembre de 2005 y 5 de enero de 2006) atienden como factor primordial a la previsibilidad del elemento que colocado en la vía pública obstaculiza el paso del peatón. De manera que cuando el obstáculo es un medio usual de la vía pública, derivado de un funcionamiento correcto del servicio público, y sin perjuicio de que incluso de este funcionamiento normal también puede derivar responsabilidad, lo normal es considerar que la relación causal se rompe por la falta de previsión del peatón ante ese obstáculo. Así será el caso cuando se trate de bolas o monolitos para evitar el aparcamiento, farolas o semáforos, o bancos y papeleras todos ellos correctamente situados. En estos casos, la utilización normal de estos elementos en la vía pública, y la previsibilidad de los mismos determina a que cualquier golpe del peatón con ellos, les sea imputable al mismo por cuanto que lo contrario supondría admitir que es posible, lógico y razonable que cuando se camina por la calle, se tropiece de forma habitual con eso mobiliario urbano.

Ahora bien, cuando el golpe se produce no con este tipo de mobiliario urbano, sino con elementos impropios, o con parte de ese mobiliario urbano incorrectamente colocado, de manera que la existencia del mismo no es previsible ni esperable, cuñas de madera para el acceso de vehículos a garajes en lugar de vados, losetas levantadas, alcantarillas destapadas, mobiliario urbano arrancado y desplazado de su lugar, se genera un riesgo para los viandantes no previsible ni justificado, y con el que por tanto estos no tienen por que contar. De manera que el golpe con estos por parte de un peatón, determina inicialmente la efectiva existencia de relación causal, que solo será modulable o llegará a desaparecer cuando se pruebe por quien lo alega la concurrencia de culpa o negligencia por parte del viandante.

No discutido en el caso de autos la forma de producirse el accidente, lo que procede resolver es si hay o no responsabilidad administrativa en el hecho causal determinante de los daños.

Y entiende este Tribunal que en el caso de autos, por más que la calle pudiera estar ese día cortada al tráfico, desde el momento que la recurrente decide cruzar la calle por la vía, debe extremar el cuidado por tratarse de un espacio que inicialmente no está destinado al paso de personas y sí al paso de vehículo. De modo que las exigencias de mantenimiento de ese espacio no pueden ser las mismas que se exigen cuando el paso está previsto de forma exclusiva para los peatones.

Al cruzar la calle la recurrente no incurrió en ninguna infracción, pero sí se debe prestar una mayor atención al estado de la calle.

Con lo expuesto debemos concluir que en el caso de autos la imputación de las lesiones no se debe realizar a la administración demandada, y sí a la propia conducta de la recurrente.

En el caso de autos y no obstante la desestimación del recurso contencioso, entendemos que no procede a la visa de los hechos realizar pronunciamiento en materia de costas.

FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso de apelación formulado por la recurrente contra la resolución que se dice en el antecedente primero de esta sentencia, la cual confirmamos; sin costas.

(St. de 18 de octubre de 2017. Sala de Sevilla. Ponente J.M. Jiménez Jiménez)

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA.

Plan de protección del litoral. Nulidad por aprobarlo el Consejo de Gobierno en funciones.

Constituye el objeto de este recurso la conformidad a derecho del Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía, aprobado por Decreto 141/2015, de 26 de mayo, de la Consejera de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, publicado en el BOJA num. 139 de 20 de julio de 2015.

La recurrente en su demanda alegó la falta de competencia del Consejo de Gobierno para aprobar el plan por hallarse en funciones. Que se incurriría en omisión de informes preceptivos (de evaluación de impacto de género, de la Consejería de Cultura y Deportes, del Consejo de Participación del Espacio Natural de Doñana, de las Juntas Rectoras de los Parques Naturales de Bahía de Cádiz, La Breña y Marisma de Barbate y Tejeda, Almijara y Alhama, de la Comisión de Protección Civil de Andalucía, sobre la repercusión del Plan en los derechos de la infancia y de evaluación de impacto de salud), y concurrían informes desfavorables de la Dirección General de Aviación Civil del Ministerio de Fomento y del Ministerio de Defensa; concurría una insuficiencia de la memoria económica; se incumplía la finalidad de la evaluación ambiental estratégica, y, en todo caso, era insuficiente la memoria ambiental. Se vulnerarían los principios constitucionales de seguridad jurídica y de confianza legítima y de retroactividad de las disposiciones retroactivas, vulneración de la autonomía local e inexistencia del presupuesto de urgente necesidad con relación a la utilización abusiva invocada del decreto ley. Se infringían las previsiones del art. 43 f de la LOTA por falta de identificación de las determinaciones de los planes subordinados que deban ser objeto de adaptación y de justificación de las alteraciones propuestas para los mismos. Se incurría en falta de motivación en la adscripción de los sectores y ámbitos a las categorías de protección del Plan con vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad y extralimitación en el ejercicio de la potestad de ordenación territorial.

La demandada se opuso al recurso interesando su desestimación y en lo que se refiere a la primera cuestión formal alegada, la falta de competencia del Consejo de Gobierno por encontrarse en funciones, alegó invocando las previsiones de los artículos 21 de la ley 50/97 y 37 de la ley 6/06, considera que nos encontramos ante un supuesto que se engloba (conforme al apartado 3 del art. 37) en “despacho ordinario de asuntos públicos” establecido en sentencia 2 de diciembre de 2005 TS (161 /2004). El Gobierno en funciones

no puede adoptar decisiones políticas, lo que incluye la presentación de proyecto de leyes y aprobación de proyecto de la ley de presupuestos, pero el decreto impugnado carece de toda orientación política. La aprobación del Plan y formulación viene impuesta por el legislador. Ley 1/94 de 11 de enero modificada por Decreto ley 5/12, y sujeta a plazo de dos años y seis meses (DA Única del Decreto ley 5/12 modificado por Decreto ley 15/14). La tramitación se inició en enero de 2013 y el plazo se encontraba pronto a vencer a la fecha en que se aprueba el Decreto de 26 de mayo de 2015.

Entrando a examinar en primer lugar, por su carácter formal y prioritario, la posible falta de competencia del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía para aprobar el Plan, por hallarse en funciones, que de estimarse dispensaría a esta Sala del enjuiciamiento de las demás cuestiones formuladas en la demanda, debemos señalar que esta cuestión ha sido tratada y resuelta en nuestra reciente Sentencia de 7 de septiembre de 2017 dictadas en recurso número 717/2015 (sus razonamientos y decisión han sido reiterados en las de fecha 14 de septiembre de 2017 recaídas en los recursos números 671 /2015, 711 /2015 y 721 /2015) en las que que, apreciándose la referida falta de competencia, se acordaba la nulidad de pleno derecho del Decreto 141/2015, de 26 de mayo, objeto de estos autos, de aprobación del Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía; por lo que en base a los principios de seguridad jurídica, unidad de doctrina e igualdad en la aplicación e interpretación de la Ley nos remitiremos a esas nuestras anteriores decisiones, cuyos argumentos reproducimos seguidamente.

El régimen jurídico del Gobierno en Funciones se contempla en la Constitución, que en su art. 101.1, establece que el Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de la confianza parlamentaria previstos en la Constitución, o por dimisión o fallecimiento de su Presidente. En su apartado 2, indica que el Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno.

La normativa estatal lo regula en la Ley del Gobierno (Ley 50/1997, de 27 de noviembre), en cuyo art. 21 expresa lo siguiente:

1. El Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de confianza parlamentaria previstos en la Constitución, o por dimisión o fallecimiento de su Presidente.
2. El Gobierno cesante continúa en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno, con las limitaciones establecidas en esta Ley.
3. El Gobierno en funciones facilitará el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes al mismo y limitará

su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas.

4. El Presidente del Gobierno en funciones no podrá ejercer las siguientes facultades:

- a) Proponer al Rey la disolución de alguna de las Cámaras, o de las Cortes Generales.
- b) Plantear la cuestión de confianza.
- c) Proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo.

5. El Gobierno en funciones no podrá ejercer las siguientes facultades:

- a) Aprobar el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.
- b) Presentar proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado.

6. Las delegaciones legislativas otorgadas por las Cortes Generales quedarán en suspenso durante todo el tiempo que el Gobierno esté en funciones como consecuencia de la celebración de elecciones generales.

La normativa autonómica se contrae al art. 120 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, en el que se establece que el Consejo de Gobierno cesa tras la celebración de elecciones al Parlamento y el Consejo de Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Consejo de Gobierno.

Por su parte la Ley 6/2006, de 24 de octubre, de Gobierno de Andalucía, en la misma línea que la normativa estatal y en similares términos expresa en su art. 37, lo siguiente:

1. El Consejo de Gobierno cesa cuando cesa la persona titular de la Presidencia de la Junta de Andalucía.
2. El Consejo de Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Consejo de Gobierno.
3. El Gobierno en funciones facilitará el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Consejo de Gobierno y el traspaso de poderes al mismo, limitándose su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos de su competencia, salvo casos de urgencia o interés general debidamente acreditados.

4. El Presidente o la Presidenta en funciones de la Junta de Andalucía no podrá ser sometido o sometida a una moción de censura. Tampoco podrá ejercer las siguientes facultades:

- a) Designar o separar a las personas titulares de las Vicepresidencias o de las Consejerías.
- b) Crear, modificar o suprimir Vicepresidencias o Consejerías.
- c) Disolver el Parlamento de Andalucía.
- d) Plantear la cuestión de confianza.

5. El Consejo de Gobierno en funciones no podrá ejercer las siguientes facultades:

- a) Aprobar el proyecto de Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma.
- b) Presentar proyectos de ley al Parlamento de Andalucía.

La interpretación de la normativa estatal en una primera aproximación se produjo por sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de septiembre de 2005, que en su fundamento de derecho cuarto expresó: “Después del cese, la actividad gubernamental debe respetar una serie de restricciones. Aunque la Constitución no dice nada sobre sus posibles limitaciones, pues el art. 102.1 señala que “el Gobierno cesante continua en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno”, la práctica constitucional limitó su gestión a los asuntos de trámite.

Hoy, la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, en su título IV, trata de las competencias que corresponden al Gobierno en funciones y en su art. 21, que desarrolla el art. 101 de la Constitución, se completa y establece, según el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, una serie de requisitos y limitaciones, en el entendimiento de tener un tratamiento coherente de lo que es la fiducia quebrada entre las Cortes Generales y un Gobierno en funciones y la no pervivencia de determinados órganos de control que permitan establecer un control estable.

El número 3 del citado art. 21, de acuerdo con los principios establecidos en su exposición de motivos, precisa que “limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos, absteniéndose de adoptar, salvo caso de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas”, teniendo en cuenta que, como dice la exposición de motivos, “el objetivo último de toda actuación

radica en la consecución de un normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno”.

Es decir: la gestión administrativa ordinaria ausente de valoraciones y decisiones en las que entren criterios políticos salvo que se motive debidamente la urgencia o las razones de interés general que justifique la adopción de medidas de otra naturaleza.”

En sentencia de 2 de diciembre de 2005 (recurso 161/2004), el Tribunal Supremo se pronunció de nuevo sobre la cuestión, perfilando su doctrina al respecto en los fundamentos de derecho Octavo y Noveno, concretamente en el fundamento octavo se indicaba:” La Constitución, ciertamente, no establece de modo expreso límites o restricciones a la actuación del Gobierno en funciones. No obstante, nos facilita el criterio para distinguir cuáles son los confines dentro de los que debe moverse, fuera de los casos en que la urgencia determine la necesidad de su intervención, pues la habilitación para resolver sobre estos últimos va implícita en la propia imposición de su existencia. El criterio al que nos referimos es el que resulta de la función constitucional del Gobierno. De la que ha de desempeñar el que está en plenitud de sus facultades tras haber completado el proceso de su formación. Esa función no es otra que la dirección de la política interior y exterior y, en estrecha relación con ella, la defensa del Estado. Esos son los cometidos con los que el artículo 97 de la Constitución singulariza la función gubernamental y para cuya realización atribuye al órgano Gobierno la dirección de la Administración Civil y Militar y le encomienda la función ejecutiva y la potestad reglamentaria.

La dirección de la política general, que es la misión principal del Gobierno, trae causa del programa que el candidato a su Presidencia defendió ante el Congreso de los Diputados y mereció el apoyo de su mayoría (artículo 99 de la Constitución). Programa que, a su vez, procede del que las fuerzas políticas que otorgaron su confianza al candidato a la Presidencia, presentaron ante los ciudadanos y logró el apoyo de sus votos. Naturalmente, ese marco político de actuación no queda definitivamente fijado en ese momento y puede suceder que, por distintas razones, el Gobierno llegue a apartarse en diversa medida de la línea aprobada en el momento de la investidura. El sistema parlamentario permite una actualización permanente de la relación de confianza a través de su normal desenvolvimiento o con el recurso a algunas instituciones previstas en la Constitución como el referéndum consultivo (artículo 92) o la cuestión de confianza (artículo 112). En cualquier caso, mientras persista la relación de confianza entre el Congreso

de los Diputados y, a través de su Presidente, el Gobierno, a este corresponde la dirección política de España. Así, gobernar para la Constitución, es dirigir el país a partir de las orientaciones definidas por el Presidente del Gobierno (artículo 98.2 de la Constitución) con el apoyo de la mayoría parlamentaria formada democráticamente por los españoles.

Pues bien, si esto es lo que debe hacer el Gobierno que se forma, es, al mismo tiempo, lo que no puede hacer el Gobierno en funciones porque el cese ha interrumpido la relación de confianza que le habilita para ejercer tal dirección y le ha convertido en un órgano cuya composición debe variar necesariamente en el curso de un proceso constitucionalmente regulado, de una duración necesariamente limitada en el tiempo, del que surgirá una nueva relación de confianza y un nuevo Gobierno. Así, pues, el Gobierno en funciones ha de continuar ejerciendo sus tareas sin introducir nuevas directrices políticas ni, desde luego, condicionar, comprometer o impedir las que deba trazar el que lo sustituya. El cese priva a este Gobierno de la capacidad de dirección de la política interior y exterior a través de cualquiera de los actos válidos a ese fin, de manera que será preciso examinar, caso por caso, cuando surja controversia al respecto, si el discutido tiene o no esa idoneidad en función de la decisión de que se trate, de sus consecuencias y de las circunstancias en que se deba tomar”.

En el fundamento de derecho noveno la sentencia referida afirma: “Con estos perrechos interpretativos que encontramos en la Constitución hemos de examinar la Ley del Gobierno y asignar a la expresión despacho ordinario de los asuntos públicos de su artículo 21.3 un significado preciso en este caso, porque se trata de un concepto indeterminado necesitado de concreción. De cuanto acabamos de decir en el fundamento anterior se deduce que ese despacho no es el que no comporta valoraciones políticas o no implica ejercicio de la discrecionalidad. Tampoco el que versa sobre decisiones no legislativas, sino el que no se traduce en actos de orientación política.

De este modo entendida, o sea interpretada conforme a la Constitución, se despejan las dudas que pudiera ofrecer la conformidad con el texto constitucional de las normas legales que sujetan a límites la actuación del Gobierno en funciones cuando aquél no ha dispuesto expresamente ninguno. Por lo demás, situados en esta perspectiva, es posible apreciar que el mismo legislador asume esa interpretación porque en el apartado quinto del artículo 21 se preocupa por prohibir al Gobierno en funciones aprobar el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado (a) y presentar proyectos de Ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado (b). Es decir, la Ley prohíbe

al Gobierno en funciones utilizar los principales instrumentos de orientación política, pues los Presupuestos Generales del Estado no son sino la traducción en términos de ingresos y gastos de la dirección política que el Gobierno quiere llevar a la práctica en el ejercicio de que se trate. Y las Leyes que, según el Preámbulo de la Constitución, son la expresión de la voluntad popular y proceden casi exclusivamente de la iniciativa gubernamental, introducen en el ordenamiento jurídico las normas que responden a las orientaciones que prevalecen en el electorado y, por tanto, en las Cortes Generales. Por eso, son uno de los cauces típicos de expresión de la orientación política decidida por el Gobierno y asumida por las Cortes Generales.

A parecidos resultados conduce, por lo demás, el apartado sexto de este artículo 21 de la Ley 50/1997, que deja en suspenso las delegaciones legislativas mientras el Gobierno esté en funciones por haberse celebrado elecciones generales. Además, este apartado es relevante porque introduce en la regulación legal una diferencia de régimen jurídico en atención a la causa determinante de la entrada en funciones del Gobierno. Circunstancia esta que refuerza las consideraciones antes realizadas sobre la necesidad de examinar caso por caso y asunto por asunto los que han de considerarse incluidos en el despacho ordinario y los que, por quedar fuera de él, no pueden ser abordados por el Gobierno en funciones de no existir urgencia o demandarlo el interés general contemplado en el artículo 21.3 de este texto legal. La aprobación del proyecto de Presupuestos Generales del Estado, el ejercicio de la iniciativa legislativa y la emanación de los decretos legislativos no son los únicos actos de orientación política prohibidos al Gobierno en funciones. La misma Ley 50/1997, en el apartado cuarto de su artículo 21, veda al Presidente en funciones proponer al Rey la disolución de una o de ambas cámaras de las Cortes Generales, presentar la cuestión de confianza o proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo, todos ellos actos de clara orientación política. Esto significa que la línea divisoria entre lo que el Gobierno en funciones puede y no puede hacer no pasa por la distinción entre actos legislativos y no legislativos, sino por la que hemos señalado entre actos que no conllevan dirección política y los que la expresan. Por tanto, la misma Ley 50/1997 responde a los criterios que, a juicio del Pleno de la Sala, presiden la concepción constitucional del Gobierno en funciones. Criterios que, por lo demás, se confirman viendo las cosas desde otra perspectiva. En efecto, asumir la tesis del recurrente supondría situar al Gobierno de España en una posición de precariedad tal que podría impedir o dificultar que ejerciera los cometidos que la Constitución le ordena realizar, pues en pocos actos gubernamentales están ausentes las motivaciones políticas o un margen de apreciación.

En definitiva, el despacho ordinario de los asuntos públicos comprende todos aquellos cuya resolución no implique el establecimiento de nuevas orientaciones políticas ni signifique condicionamiento, compromiso o impedimento para las que deba fijar el nuevo Gobierno. Y esa cualidad que excluye a un asunto del despacho ordinario ha de apreciarse, caso por caso, atendiendo a su naturaleza, a las consecuencias de la decisión a adoptar y al concreto contexto en que deba producirse”.

La anterior doctrina ha sido reiterada en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2013 (recurso de casación nº. 231/2012), aunque en la misma se determinó que la aprobación del Gobierno en funciones de un Real Decreto, se puede situar en el ámbito del despacho ordinario de asuntos públicos, sin necesidad de concurrencia de situación de urgencia o interés general, si no conlleva orientaciones políticas o condiciones, comprometa o impida la acción del nuevo gobierno. Doctrina que debe extenderse a las disposiciones de carácter general, carácter del que participan los instrumentos de ordenación urbanística.

Se expresa en la demanda con acierto que el PPCLA fue aprobado por el Consejo de Gobierno en la sesión celebrada el día 26 de mayo de 2015, aunque fue publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 20 de julio. En la fecha de su aprobación, el Gobierno de la Junta de Andalucía se hallaba en funciones, ya que el 22 de marzo anterior se habían celebrado elecciones autonómicas convocadas por Decreto 1/2015, de 26 de enero. La constitución del Parlamento de Andalucía no se produciría hasta el 16 de abril, la investidura de la Presidenta electa el 11 de junio, su toma de posesión el 14 de junio y la toma de posesión de los nuevos Consejeros el 18 de junio.

Sostiene la parte actora que el PPCLA constituye un ejercicio de la potestad normativa atribuida constitucional y estatutariamente al gobierno autonómico que implica de manera palmaria el establecimiento de una nueva orientación política, en la medida en que dicho plan se aparta consciente y públicamente de los planes de ordenación de ámbito subregional ya existentes y en vigor e incluso del Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía, alterando radicalmente los objetivos y la finalidad de la política territorial en el ámbito del litoral andaluz y, consecuentemente, modificando de manera sustancial las directrices y determinaciones de dichos instrumentos, como un auténtico cambio de modelo. Esta nueva orientación política implica un condicionamiento, compromiso o Impedimento para la potestad de dirección política del nuevo Gobierno, desde el punto de vista estrictamente jurídico y objetivo, es decir, dejando al margen la consideración puramente fáctica y contingente de que el nuevo Gobierno está sustentado por el mismo

partido político. En consecuencia, es forzoso concluir que la aprobación era una decisión que excedía del despacho ordinario de los asuntos públicos de competencia de un Gobierno en funciones.

El Tribunal Constitucional en sentencia 149/1991, de 4 de julio consideró que... “la ordenación del territorio es, efectivamente, más una política que una concreta técnica y una política, además, de enorme amplitud. La Carta Europea de Ordenación del Territorio, aprobada por la CEMAT (Conferencia Europea de Ministros de Ordenación del Territorio) el 23 de mayo de 1983, citada por muchos de los recurrentes la define como “expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de toda sociedad”. Al hilo de la indicada doctrina no debe dudarse de que el PPCLA es un instrumento jurídico para la realización de la planificación territorial de Andalucía, tal y como establece el art. 5.1 de la Ley 1/1994, de 11 de enero de Ordenación Territorial. En la exposición de motivos de la misma se expresa que La Ordenación del Territorio constituye por tanto una función pública destinada a establecer una conformación física del territorio acorde con las necesidades de la sociedad. En este sentido, la Carta Europea de la Ordenación del Territorio la define como «expresión espacial de las políticas económica, social, cultural y ecológica de toda sociedad», y debe ser democrática, global, funcional y prospectiva, en la que todo ciudadano debe tener la posibilidad de participar por estructuras y procedimientos adecuados, en defensa de sus legítimos intereses y del respeto debido a su cultura y marco de vida.

La legislación o regulación específica por la que debe regirse la acción política y administrativa en esta materia es un hecho reciente, favorecido y posibilitado en España por la organización del Estado de las Autonomías.

Por tanto, el PPCLA como instrumento urbanístico de realización de la planificación del territorio, es la expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de la sociedad en el corredor litoral de Andalucía. Es perspicuo que el PPCLA asume la orientación política en general de ordenación del territorio, por ser un instrumento urbanístico previsto en la Ley 1/1994 y, especialmente, contiene sus propias directrices políticas de protección del corredor litoral.

Lo anterior se deduce claramente de la Introducción a la Memoria Informativa, en la que se indica: “el presente Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía tiene como propósito desarrollar los contenidos que para el mismo establece la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de Andalucía, modificada por el Decreto-Ley, de 27 de noviembre,

de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía... En este marco, el Plan de Protección del Corredor Litoral centra su atención en la franja costera, el espacio más tensionado del litoral, al objeto de establecer un tratamiento integrado que permita compatibilizar el desarrollo de un ámbito que se considera esencial para nuestro sistema productivo, con su sostenibilidad económica y ambiental”.

A mayor abundamiento, en la Memoria de Ordenación en el apartado 1. Objetivos se consideran como tales objetivos generales ... “el establecimiento de criterios y determinaciones para la protección, conservación y puesta en valor de las zonas costeras andaluzas desde objetivos de perdurabilidad y sostenibilidad. El corredor litoral se estima como recurso de interés general, en el que es necesario compatibilizar la protección y preservación de la urbanización de los espacios libres de edificación con el desarrollo sostenible de los espacios costeros, de forma que se garantice la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras. Se entiende que el litoral de Andalucía es un territorio de oportunidades. Sus características físico-territoriales, sus valores ambientales y sus condiciones climáticas han sido los elementos en los que se ha sustentado en las últimas décadas un importante desarrollo basado fundamentalmente en la agricultura y el turismo. Se expresa que la acción llevada a cabo en los último años desde la administración autonómica mediante las políticas de protección ambiental y de ordenación territorial ha permitido preservar espacios y establecer modelos de crecimiento apropiados a las características de cada uno de los tramos litorales, proponiendo acciones positivas de adecuación y acondicionamiento para usos urbano-turísticos, favoreciendo el uso público, reforzando modelos urbanos de desarrollo compacto, propiciando la protección de determinadas áreas agrícolas, etc.. En el momento actual se precisa de una más decidida actuación de protección del litoral, al menos en su franja costera más sometida a las presiones urbanísticas, porque es sobre esta franja donde se sustenta todo el desarrollo económico del litoral, en la que la degradación paisajística ha alcanzado mayores cotas y en la que los valores ecológicos y ambientales están sometidos a una mayor presión”.

En la línea del indicado propósito general, se establecen como objetivos específicos los siguientes:

1. Preservar de la urbanización las zonas con valores ambientales, naturales, paisajísticos, culturales, agrícolas y forestales de los espacios litorales.
2. Evitar la consolidación de nuevas barreras urbanas entre los espacios interiores y los del sistema litoral.

3. Armonizar la regulación del suelo no urbanizable en el ámbito del Plan.
4. Favorecer la biodiversidad a través de continuidad de los espacios del interior con el litoral.
5. Propiciar el mantenimiento del litoral como recurso turístico básico evitando su consolidación con nuevos usos residenciales estacionales.

El desarrollo de estos objetivos se lleva a cabo a través de actuaciones de consecuencias urbanísticas, patrimoniales y ambientales:

Urbanísticas, cuya finalidad es evitar al consolidación de un continuo edificado que podría llegar a cubrir una parte sustancial de la línea de costas y armonizar la regulación de suelo no urbanizable estableciendo los criterios y directrices para su preservación.

Patrimoniales, cuyo objeto es preservar los espacios costeros por sus valores paisajísticos, naturales y culturales.

Ambientales, cuyo fin es posibilitar la preservación del medio costero y asegurar la continuidad entre los ecosistemas terrestres y marítimos.

Lo extractado y expuesto en el fundamento de derecho anterior, reafirma lo que se expresaba en el fundamento de derecho octavo in fine de la presente sentencia, en cuanto a que el PPCLA asume la orientación política en general de ordenación del territorio, y especialmente, en la medida en que su normativa contiene sus propias directrices políticas para regular la actividad de gobierno de protección del corredor litoral andaluz.

Por tanto, es forzoso concluir en consonancia con la doctrina del Tribunal Supremo más arriba expuesta, que el Decreto 141/2015, de 26 de mayo, de aprobación definitiva del Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía, no puede considerarse despacho ordinario de asuntos públicos, debido a que por su clara y meridiana orientación política y su vocación y proyección de futuro, excede del indicado concepto y condiciona y compromete al nuevo Gobierno, con independencia de que el nuevo Gobierno, estuviese sustentado por el mismo partido político. No debe olvidarse, que la exposición de motivos de la Ley 50/1997, del Gobierno, destaca que el Título IV se dedica exclusivamente a regular el gobierno en funciones, una de las principales novedades de la ley, con base en el principio de lealtad constitucional, delimitando su propia posición constitucional y entendiendo que el objetivo último de su actuación radica en la consecución de un normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno.

Efectivamente es el indicado principio de lealtad constitucional, el que limita los actos del Gobierno en funciones al despacho ordinario de los asuntos públicos y al mismo tiempo, el que prohíbe la aprobación de actos que supongan el establecimiento de orientaciones políticas, para no comprometer ni condicionar al nuevo Gobierno, sea o no del mismo partido político, pues ni la ley estatal ni la autonómica establecen ningún tipo de distinción al respecto.

La concluida orientación política de la aprobación del PPCLA, no puede quedar eliminada por la alegación contenida en el escrito de contestación a la demanda, referente a que la formulación y aprobación del plan, viene impuesta por el legislador, en concreto por la Ley 1/1994, de 11 de enero. Como se expuso con anterioridad, el PPCLA como instrumento urbanístico de realización de la planificación del territorio, es la expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de la sociedad en el corredor litoral de Andalucía. Es evidente que el PPCLA asume la orientación política en general de ordenación del territorio, por ser un instrumento urbanístico previsto en la Ley 1/1994 y, especialmente, contiene directrices políticas de protección del corredor litoral. Por tanto la previsión en la Ley 1/1994 de la aprobación y formulación del PPCLA, obedece a la ordenación del territorio, de cuyo desarrollo es fiel reflejo el PPCLA, que en su propia orientación política es autónomo, por lo que la referida previsión en la Ley 1/1994, lejos de enervar las orientaciones políticas, lo que hace es reafirmarlas.

No debe dejarse de advertir que el acto de aprobación definitiva del PPCLA, realizado por el Gobierno en funciones, atendía a la validez del mismo en la fecha en que se produjo -26 de mayo de 2015- con independencia de que la publicación se produjese en el BOJA de 20 de julio, acto de publicación referido a la eficacia del plan, como expresan las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2010 y de 18 de noviembre de 2011 . Por tanto, la aprobación definitiva del plan, fuese o no válida, que es lo que se trata de enjuiciar en la presente sentencia, la realizó el Gobierno en funciones, con independencia de la publicación realizada por el nuevo Gobierno atinente a la eficacia del acto.

Aunque el Decreto 141/2015, de 26 de mayo, cuyo contenido integro se recoge en el fundamento de derecho cuarto de la presente sentencia, no hace la más mínima mención a razones de urgencia o de interés general, que justificadas en su caso, ampararían la aprobación definitiva del PPCLA, pese a su contenido político, debe hacerse referencia a la existencia de un informe de 25 de mayo de 2015 (DVD 1, Carpeta 8, folios 2418-2420), de

la Secretaría General de Ordenación del Territorio y Cambio Climático, en el que se aducen razones de urgencia e interés general, que ponen de manifiesto el convencimiento de la Administración del carácter político de la aprobación definitiva del PPCLA.

En su apartado III. Sobre la Necesidad de Aprobación del Plan por el Consejo de Gobierno, se expresa: Por Decreto de la Presidenta 1/2015, de 26 de enero, se acordó la disolución del Parlamento de Andalucía y la convocatoria de elecciones, razón por la cual el Consejo de Gobierno se encuentra desde esa fecha en funciones, con las limitaciones que para la adopción de acuerdos se establecen en el art. 37 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que limita su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos de su competencia, salvo casos de urgencia o interés general debidamente acreditados.

Por todo lo expuesto, desde esta Secretaría General se propone elevar al Consejo de Gobierno la aprobación del Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía, en razón a las siguientes consideraciones:

1) La elaboración del Plan se ha llevado a cabo conforme a los trámites preceptivos establecidos en las normas de aplicación y se encuentra actualmente ultimada, pendiente exclusivamente del acto de aprobación por el Consejo de Gobierno, todo ello en el plazo de dos años y seis meses legalmente establecido.

2) Razones de urgencia justifican la aprobación antes del 27 de mayo de 2015, fecha límite del plazo fijado, ya que de otro modo se estaría incumpliendo una disposición legal con las consecuencias jurídicas que de ello pudieran derivarse respecto de la nulidad del Plan en un posible recurso contencioso administrativo.

3) De otra parte, la no aprobación del Plan en el plazo fijado motivaría el levantamiento de la suspensión cautelar establecida por el Decreto Ley 5/2012, de 27 de noviembre, respecto de la aprobación de instrumentos de planeamiento de desarrollo en zonas protegidas por el nuevo instrumento, lo que incrementaría los gastos derivados de posibles indemnizaciones en el caso de aprobarse el Plan con posterioridad, en los siguientes supuestos:

Sectores de suelo urbanizable sin Plan Parcial aprobado que podrían iniciar su tramitación, con un total de 46 sectores (30 sectorizados y 16 no sectorizados), una superficie aproximada de 2000 hectáreas con capacidad para unas 31.000 viviendas.

Sectores de suelo urbanizable con Plan Parcial aprobado, a los que si bien no les afecta la suspensión, podrían iniciar materialmente su ejecución. Esto sería el caso de los Planes Parciales de Valdevaqueros y Los Lances en Tarifa y El Cañar y el Camillar en Carboneras, próximos al El Algarrobo, ubicados todos en zonas de gran valor ambiental.

4) En definitiva, la no aprobación del Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía, en el plazo legalmente establecido dejaría sin efecto el objeto de salvaguardar intereses generales sujetos a la tutela de la Comunidad Autónoma presentes en este ámbito, ya que impediría la protección y puesta en valor de la franja costera e imposibilitaría un desarrollo urbanístico sostenible adecuado a la capacidad de acogida del territorio.

Interesa destacar que la motivación de los actos y resoluciones administrativas por remisión a informes y dictámenes estaba contemplada en el art.89.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , exigiéndose a la aceptación de informes o dictámenes para servir de motivación a la resolución la incorporación de aquellos al texto de la misma. Ciertamente como a continuación se expondrá la doctrina del Tribunal Supremo, ha establecido matices en la denominada motivación in allunde. No obstante, el legislador, mantiene idéntica exigencia en cuanto a la motivación por remisión, en el art. 88.6 de la actual Ley 39/2015, de 1 de octubre.

La denominada motivación in allunde o per relationem ha sido tratada por el Tribunal Supremo .entre otras, en sentencia de 15 de enero de 2009 (Rec. Conté. 329/2005), en la que se expresó:” La motivación de los actos administrativos, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de este Tribunal Supremo cuya reiteración excusa cita, cumple una doble finalidad, de un lado, da a conocer al destinatario de los mismos las razones, concretas y precisas aunque no exhaustivas, de la decisión administrativa adoptada, para que con tal conocimiento, la parte pueda impugnarla ante los órganos jurisdiccionales, y estos, a su vez -esta es la segunda finalidad-, puedan cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican, ex artículo 106.1 CE.

El cumplimiento de esta exigencia de la motivación de los actos, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos en que se basa, previsto en el artículo 54 de la Ley 30/1992, se salvaguarda mediante la severa consecuencia de la anulabilidad del acto administrativo no motivado, en caso de incumplimiento. Ahora bien, esta ausencia de motivación puede ser un vicio invalidante, como hemos señalado, o de mera irregularidad en el caso de

que no se haya producido ese desconocimiento de los motivos y razones en que se funda la decisión administrativa. Dicho de otra forma, debe atenderse a un criterio material en orden a determinar si efectivamente se ha cumplido, o no, la finalidad que exige la motivación de los actos, es decir, si el destinatario ha llegado a conocer las razones de la decisión adoptada por la Administración, pues solo si se conocen pueden impugnarse. Se trata, en definitiva, de valorar si concurre la indefensión a que se refiere el artículo 63.2 de la Ley 30/1992 cuya existencia es necesaria para incurrir en el vicio de invalidez señalado. El defecto de forma “solo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados”, nos indica el citado artículo 63.2.

En este sentido, la motivación puede contenerse en el propio acto, o bien puede realizarse por referencia a informes o dictámenes, ex artículo 89.5 de la Ley 30/1992, cuando se incorporen al texto de la misma. Ahora bien, esta exigencia de la incorporación de los informes, contenida en el mentado artículo 89.5 “in fine”, ha sido matizada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo -Sentencias de 21 de noviembre de 2005, 12 de julio de 2004, 7 de julio de 2003, 16 de abril de 2001, 14 de marzo de 2000 y 31 de julio de 1990 - en el sentido de considerar que si tales informes constan en el expediente administrativo y el destinatario ha tenido cumplido acceso al mismo, la motivación mediante esta técnica “in aliunde” satisface las exigencias de la motivación, pues permite el conocimiento por el receptor del acto de la justificación de lo decidido por la Administración”.

Por su parte la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 2014, indica lo siguiente: “Así pues, la sentencia cuestionada no incurre en el defecto de motivación que se le imputa por la sociedad recurrente, teniendo en cuenta que, dentro de las modalidades que puede revestir la motivación, cabe la motivación por remisión, que es lo que realizó adecuadamente la Sala de instancia. Sobre ello conviene recordar que dentro de las modalidades que puede revestir la motivación está la que se realiza por remisión o in aliunde, técnica en virtud de la cual se incorporan a la resolución los razonamientos jurídicos de la decisión o documento a la que se remite (ATC 207/1999, de 28 de julio, FJ 2).

Esta técnica de motivación “no deja de serlo ni de satisfacer la exigencia constitucional contenida en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”, como explican, entre otras muchas, las SSTC núm. 187/2000, de 10 de julio, FJ 2; la núm. 8/2001, de 15 de enero, FJ 3, in fine; la 13/2001,

de 29 de enero (RTC 2001 ,13), FJ 2; la 108/2001, de 23 de abril, FJ 2; la 5/2002, de 14 de enero, FJ 2; la 171/2002, de 30 de septiembre, FJ 2; y ATC 194/2004, de 26 de mayo, FJ 4 b).

Ahora bien, esta forma de motivación será válida siempre y cuando dicha remisión se produzca de forma expresa e inequívoca (STC núm. 115/1996, de 25 de junio FJ 2. b) y siempre que la cuestión sustancial de que se trate se hubiera resuelto en la resolución o documento al que la resolución judicial se remite (SSTC 27/1992, de 9 de marzo, FJ 4, y 202/2004, de 15 de noviembre, FJ 5; y ATC 312/1996, de 29 de octubre, FJ 6).

Sobre esta cuestión también es pacífica la doctrina de esta Sala, valiendo como exponentes las sentencias de 25 de junio de 2012 (rec. cas. núm. 5160/2010) o la de 5 de diciembre de 2011 (rec. cas. 2523/2010), exponiendo la primera que “con este reenvío se da a este primer motivo de casación una respuesta adecuada a las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva proclamada en el artículo 24.1 de la Constitución española, porque este derecho fundamental se satisface con la motivación por remisión o aliunde, siempre que el reenvío se produzca de forma expresa e inequívoca y la cuestión sustancial de que se trate hubiera sido decidida en la resolución a que se remite, según ha reiterado el Tribunal Constitucional en la sentencia 144/2007 (FJ 3o):

“Dentro de las modalidades que puede revestir la motivación hemos afirmado que la fundamentación por remisión o in aliunde - técnica en virtud de la cual se incorporan a la resolución que prevé la remisión los razonamientos jurídicos de la decisión o documento a la que se remite (ATC 207/1999, de 28 de julio, FJ 2)-”no deja de serlo ni de satisfacer la exigencia constitucional contenida en el derecho fundamental” a la tutela judicial efectiva (entre otras muchas, SSTC 187/2000, de 10 de julio, FJ 2; 8/2001, de 15 de enero, FJ 3, in fine; 13/2001, de 29 de enero, FJ 2; 108/2001, de 23 de abril, FJ 2; 5/2002, de 14 de enero, FJ 2; 171 /2002, de 30 de septiembre, FJ 2; y ATC 194/2004, de 26 de mayo, FJ 4 b); en términos similares, SSTC 115/2003, de 16 de junio, FJ 8; 91 /2004, de 19 de mayo, FJ 8; 113/2004, de 12 de julio, FJ 10; 75/2005, de 4 de abril, FJ 5 ; y 196/2005, de 18 de julio , FJ 3), siempre y cuando dicha remisión se produzca de forma expresa e inequívoca [STC 115/1996, de 25 de junio , FJ 2 b)] y que la cuestión sustancial de que se trate se hubiera resuelto en la resolución o documento al que la resolución judicial se remite (SSTC 27/1992, de 9 de marzo, FJ 4; y 202/2004, de 15 de noviembre, FJ 5; y ATC 312/1996, de 29 de octubre, FJ 6)” (FD Segundo)”.

Expuesta la doctrina del Tribunal Supremo, debe reiterarse que, como ya hemos señalado en precedente fundamento, el Decreto 141/2015, de 26 de mayo de aprobación del PPCLA, no menciona ni justifica razón alguna de urgencia o de interés general que motivaran la aprobación por el Gobierno en Funciones, tal y como exige el art. 37 de la Ley 6/2006. No sólo no justifica la aprobación en las indicadas razones, sino que ni tan siquiera menciona, remite o reenvía al contenido del informe de 25 de mayo de 2015, de la Secretaria General de Ordenación del Territorio y Cambio Climático.

A mayor abundamiento las razones de urgencia y de interés general que contiene el mentado informe de 25 de mayo de 2015, recogidas en el fundamento de derecho undécimo de la presente sentencia, no se sostienen jurídicamente.

No puede justificarse como razón de urgencia la aprobación antes del 27 de mayo de 2015, fecha límite del plazo fijado (2 años y 6 meses), ya que de otro modo se estaría incumpliendo una disposición legal con las consecuencias jurídicas que de ello pudieran derivarse respecto de la nulidad del Plan en un posible recurso contencioso administrativo.

Al respecto debe recordarse la doctrina del Tribunal Supremo atinente a que la institución de la caducidad del procedimiento administrativo no es aplicable a los instrumentos de ordenación que participan de la naturaleza de disposiciones de carácter general, contenida ,entre otras, en la sentencia de 8 de marzo de 2012 (recurso de casación 2305/2008), que declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por la dirección jurídica de la Junta de Andalucía, contra sentencia de esta Sala y Sección de 6 de marzo de 2008, que estimo el recurso contencioso administrativo y declaró la nulidad del Decreto 130/2006, de 27 de junio, en la que se afirma lo que sigue:

“La sentencia impugnada concluye en su fundamento tercero, que antes transcribimos, que el plazo de un año para «la elaboración» del Plan de ordenación territorial del sector occidental de Huelva, establecido en el Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía 52/1999, de 2 de marzo, de incoación del expediente, tiene una naturaleza « esencial». También que, al haberse aprobado definitivamente el Plan territorial en cuestión el día 27 de junio de 2006, se infringió el citado plazo. Y, en definitiva, que responde a « el mismo fundamento y naturaleza que la caducidad» con la única peculiaridad del« mecanismo en su establecimiento, en tanto que no lo impone directamente la ley, sino el Acuerdo de inicio del expediente». Y anula así el Plan por haberse aprobado en un procedimiento que había caducado. Conclusión de la sentencia que vino a aceptar lo alegado

al respecto por el Ayuntamiento de Punta Umbría en su demanda sobre la aplicación de caducidad al procedimiento administrativo en cuestión conforme a lo dispuesto en el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Tal y como alega la Junta de Andalucía en este motivo de casación, esas conclusiones de la sentencia no son correctas.

La doctrina especializada y la jurisprudencia constante de esta Sala viene considerando que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística ostentan la naturaleza de disposiciones de carácter general porque tras su aprobación se incorporan al ordenamiento jurídico, su vigencia y fuerza vinculante permanece de manera indefinida en el tiempo y se consolidan en cada acto de aplicación. También por su específica configuración legal, que expresamente les atribuye los principios de inderogabilidad singular, publicidad y jerarquía normativa, característicos de las disposiciones reglamentarias (artículos 51 y 52 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Por todas, sentencia de esta Sala de 11 de diciembre de 2009 (Casación 5100/2005).

La institución de la caducidad del procedimiento administrativo (artículos 43.4 y 92 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre en su versión original, o artículo 44.2 tras su reforma por Ley 4/1999, de 13 de enero) se circunscribe a los procedimientos de producción de actos o resoluciones administrativas, no a los de aprobación de disposiciones de carácter general (Sentencias del Tribunal Supremo de (Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2011 (Casación 3214/2008) y de 17 de noviembre de 2010 (Casación 1473 / 2006). Por esa razón y conforme a la legislación sectorial de la ordenación territorial y urbanística, los efectos que genera la demora o inactividad de la Administración en la tramitación de un instrumento de ordenación no son los de la caducidad del procedimiento, sino los del silencio administrativo positivo o negativo según los casos.

Esta conclusión se refuerza si se considera la finalidad a la que responde el referido plazo de un año fijado en el Decreto de incoación del expediente, que no es otra que la de apremiar a los distintos órganos responsables de la elaboración del Plan de Ordenación del Territorio, para que, con su rápida aprobación, los intereses públicos a los que da cobertura dicho Plan se vean satisfechos con prontitud. La anulación del Plan por la mera superación de ese plazo produciría precisamente el resultado contrario al que se pretendió con la fijación del plazo, generando un retraso aún mayor en la satisfacción de esos intereses públicos, lo que no dejaría de ser un absurdo [(Sentencias

del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1992 (Casación 1018/1987) de 14 de octubre de 1996 (Apelación 151 /1991) y de 27 de marzo de 1998 (Casación 137/1995)].

Por otra parte, se alcanzaría también idéntica conclusión -falta de caducidad del procedimiento en que se aprobó el Plan de Ordenación del Territorio del Litoral Occidental de Huelva- si se tiene en cuenta que atendiendo a la fecha de incoación del expediente (2 de marzo de 1999), aún en la hipótesis de que no se tratase de una disposición de carácter general, tampoco se le podría aplicar el régimen de la caducidad, por cuanto el artículo 43.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (en su versión original aplicable al caso, anterior a la Ley 4/1999), sólo se refería a los expedientes «no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos», como los sancionadores [sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2011 (Casación 2377/2008) entre otras muchas]. En ningún caso se aplicaría a los instrumentos de ordenación del territorio, que se dirigen precisamente a producir efectos favorables para el bienestar de los ciudadanos.

En consecuencia, la sentencia impugnada podía en su caso haber anulado el Plan Territorial en cuestión por infringir alguna norma concreta reguladora del contenido de sus distintos documentos, o los límites de la potestad discrecional de planeamiento, si comprobase la concurrencia de defectos y discordancias esenciales con la realidad que pretende ordenar. Pero lo que no podía hacer es -como sin embargo hizo- anularlo por el mero transcurso del plazo de un año establecido en la resolución de incoación del expediente para la elaboración del plan, porque dicho plazo no constituye un término de caducidad del procedimiento. A mayor abundamiento, el mentado plazo de un año, se circunscribía en sus estrictos términos a la «elaboración» del proyecto del Plan, no a su aprobación definitiva. Y, en fin, el plazo se fija por el mismo órgano al que le corresponde la aprobación definitiva del Plan, disponiendo por ello de la posibilidad de apreciar, en el momento de dicha aprobación definitiva, si por el transcurso de ese término se han alterado o no en tal manera los presupuestos de partida hasta el punto de que el Plan proyectado haya perdido su objeto y carezca de sentido aprobarlo, lo que no ha ocurrido en el presente caso, sino al contrario”.

Tampoco puede encontrarse razón de urgencia que se intenta justificar en que la no aprobación en el indicado plazo, determinaría el levantamiento de la suspensión de los planes de sectorización y de los planes parciales, que según el art. 2.3 del Decreto Ley, tenía una vigencia máxima de dos años y seis meses, pues como acertadamente se apunta en la demanda, obviamente

en 15 días no era posible esperar un aluvión de aprobación de planes, de ahí, que era perfectamente posible y razonable esperar la constitución y posesión del nuevo Gobierno para la aprobación definitiva, sin que se acierte a comprender que ese mínimo retraso perjudicase la satisfacción de los intereses generales determinados y concretados en la protección del litoral.

En base a lo anteriormente expuesto procede la estimación del recurso, por falta de competencia del Gobierno en funciones para la aprobación del PPCLA, lo que conlleva la nulidad de pleno derecho del Decreto 141/2015, de 26 de mayo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 62.1b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, entonces vigente.

Procede la condena en costas de la Administración demandada, al haber sido desestimada su pretensión, sin que pueda exigirse por todos los conceptos, mayor cantidad de 800 euros, dada la concurrencia de diversos recursos con idéntico objeto.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimado el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Sra. Procuradora Da. María Elisa Sillero Fernández en nombre y representación de la entidad mercantil SAL, S.A, debemos declarar y declaramos nula de pleno de derecho la disposición impugnada, con expresa condena en costas a la Administración recurrida con el límite establecido en el fundamento de derecho decimotercero de esta resolución.

(St. de 11 de octubre de 2017. Sala de Sevilla. Ponente M^a Rosa López Velasco)

CRÓNICA PARLAMENTARIA

La reforma de la ley electoral andaluza a debate. Crónica de un trabajo parlamentario

Victor J. Vázquez Alonso

Entre los propósitos más ambiciosos de la X legislatura del Parlamento andaluz se encuentra el de llevar a cabo una reforma de la Ley 1/1986 electoral de Andalucía, para ello el Pleno del Parlamento constituyó un grupo de trabajo con representación de todos los grupos parlamentarios en el seno de la Comisión y Administración Local, y ante el cual, y a petición de los distintos grupos, han comparecido un total de 48 expertos en derecho electoral y sistemas electorales, con el objeto de valorar las actuales disfunciones del sistema electoral autonómico y proponer algunas reformas que puedan servir a paliarlas.

Como es conocido, el sistema electoral andaluz responde en gran medida a los propios perfiles constitucionales y legales del sistema electoral del Congreso de los diputados. El estatuto andaluz (art.104.1) asume, en este sentido, la provincia como circunscripción electoral al mismo tiempo que cifra en un número mínimo de 109 el número de parlamentarios que han de integrar la cámara. A la hora de determinar el número de escaños a elegir en cada provincia, la ley electoral andaluza, en este caso, establece que a cada una de las ocho provincias les corresponde un mínimo inicial de ocho diputados, siendo los cuarenta y cinco restantes distribuidos entre las provincias en proporción a su población. Tomando como referencia las últimas elecciones de 2015, mediante esta cuota de reparto el número de parlamentarios elegidos por provincia fueron: 12 en Almería, 15 en Cádiz, 12 en Córdoba, 13 en Granada, 11 en Huelva, 11 en Jaén, 17 en Málaga y 18 en Sevilla, con lo cual el mandato estatutario (104.1) de que ninguna provincia tendrá más del doble de Diputados que otra, se cumple con un holgado margen. El estatuto andaluz impone igualmente que la elección de los diputados se haga según criterios de representación proporcional, al igual que en la LOREG, es la Ley D'Hont la fórmula elegida por el legislador autonómico quien también ha impuesto una barrera legal, prácticamente inútil a efectos prácticos, del 3% en el caso de elecciones autonómicas andaluzas (art. 18.1LEA).

La reflexión jurídica sobre el sistema electoral es, en cualquier nivel de gobierno, siempre una cuestión delicada. La decisión sobre los elementos básicos de este sistema prefigura, en gran medida, la propia forma de la gobernabilidad, no siendo nada fácil atender a las necesidades de esta última sin descuidar el aspecto que es esencial en todo sistema democrático que es el de que se dé una adecuada represen-

tación del pluralismo en las cámaras legislativas. A este respecto, la propia prudencia con la que se ha abordado esta cuestión en el ámbito estatal, donde los perfiles definitorios del sistema electoral permanecen prácticamente intactos desde las primeras elecciones democráticas preconstitucionales, es la que también ha definido no sólo la experiencia andaluza sino también, y de forma general, la autonómica. El renovado interés por explorar las posibilidades de reforma del sistema y los subsistemas electorales en España tiene mucho que ver, en este sentido, con varios factores que, actuando de forma sinérgica, conducen a lo que se denominado crisis de la representación política. Es evidente, igualmente, que la propia crisis del bipartidismo y la irrupción de formaciones políticas que han tenido que superar las propias “garantías” con las que la legislación electoral española custodiaba ese bipartidismo, hacen que la reflexión sobre el sistema electoral adquiera un protagonismo hasta ahora inédito en la agenda parlamentaria.

Con respecto al caso que nos ocupa, que es el andaluz, los trabajos llevados a cabo por el grupo de estudio creado en el Parlamento puede decirse que han girado en torno a tres cuestiones relacionadas entre sí. La primera, como es lógico después de más de 30 años, la de hacer balance de los resultados del sistema electoral vigente, y de cuáles pueden ser sus disfunciones y patologías, situando, en este sentido, la perspectiva del análisis en la proporcionalidad en la representación. En segundo lugar, se han puesto sobre la mesa diversas opciones que podrían servir para paliar algunos de los déficit que presenta el sistema, a través de modificaciones en elementos básicos del mismo, es decir, el número de diputados que integran el Parlamento, la circunscripción electoral, o la fórmula electoral. Finalmente, y en relación con lo anterior, se ha llevado a cabo una reflexión ya estrictamente jurídica, de cuáles serían las reformas necesarias para poder adaptar la legislación electoral andaluza.

Lo cierto es que si tomamos en cuenta las distintas comparencias de los expertos convocados, puede decirse que la evaluación de cuál ha sido el comportamiento del sistema electoral andaluz no es muy dramática. Como es patente, Andalucía no ha tenido problemas de gobernabilidad, y tomando en consideración los diversos índices a través de los cuales se computa el nivel desproporcionalidad existente entre los partidos con representación y sus votos, en concreto, el conocido índice de Gallagher, Andalucía no sale mal parada en comparación con el resto de Comunidades Autónomas y con el propio Estado. Del mismo modo, la última legislatura ha puesto de manifiesto, como insistió el profesor Llera Ramo, que sin necesidad de modificar el sistema electoral era posible modificar de forma significativa la composición de la Cámara. En cualquier caso, como no podía ser de otra manera, muchos de los expertos comparecientes, insistieron en una de las evidencias de nuestro sistema electoral, como es la de sobre-representación de las provincias menos pobladas. Una sobre-representación que, como se ha señalado, se encuentra por debajo de la

media nacional, pero al mismo tiempo no deja de ser un hecho del que se deriva un perjuicio para aquellos partidos con menos capacidad para concentrar el voto en determinadas provincias. Los remedios posibles para mejorar la proporcionalidad de la representación pasan, en este sentido, bien por ampliar el número de diputados del Parlamento; por redistribuir los escaños a elegir entre las provincias premiando de forma más generosa a aquellas más pobladas –por ejemplo, reduciendo el número mínimo establecido en la Ley Electoral; o bien, por la propia modificación de la circunscripción. Todas estas reformas fueron objeto de valoración por la gran mayoría de los expertos comparecientes, pudiéndose constatar, como veremos en adelante, también un buen grado de consenso en cuanto su pertinencia.

Así, con respecto a la posibilidad de incrementar el número de diputados -algo que el Estatuto permite- además de los posibles problemas que este incremento podría introducir desde el punto de vista de la gobernabilidad, como se encargó de señalar el profesor José María Morales, buena parte de las intervenciones subrayaron la difícil justificación que esta medida tendría ante la opinión pública, dado que la misma, en principio, implicaría un incremento importante en el presupuesto del órgano parlamentario.

Con respecto a la posibilidad de modificar la circunscripción, también una buena parte de las opiniones de los comparecientes, subrayaron la importancia del elemento territorial en la representación parlamentaria en términos de integración. Del mismo modo, hubo quien, como el profesor Augusto Martín de la Vega, mostró sus dudas sobre si una mera reforma del Estatuto de Autonomía resultaría suficiente para eludir a la provincia como circunscripción electoral. En cualquier caso, hay que señalar que se pudieron escuchar voces inequívocamente críticas, como las de los constitucionalistas Antonio Porras o Blanca Rodríguez Ruiz, quienes abogaron por una superación de la circunscripción provincial, a favor de una circunscripción única, o la de Miguel Presno para quien una buena solución sería la reducción del mínimo provincial. La cuestión de la barrera legal, que según la ley electoral andaluza se establece en un 3%, fue también debatida, y en este caso, el consenso existente en torno a su nula utilidad, luego da lugar a opiniones discrepantes entre quienes abogan por su derogación, o quienes, como el profesor Álvarez Ossorio o Ruiz Robledo, sugieren que la misma debería elevarse hasta un 5 % para así tener una función objetiva.

La discusión sobre la fórmula electoral estuvo igualmente marcada por ese equilibrio entre el pragmatismo y la constatación de que existen posibilidades de mejorar la proporcionalidad. Así, diferentes expertos destacaron la simplicidad de la fórmula D'Hont la cual, al ser, podríamos decir, derecho electoral común en España, disfrutaría ya de una cierta “cultura” a su favor, en tanto los ciudadanos ya

se habrían familiarizado con su funcionamiento. Como insistió Agudo Zamora o Montilla Martos, el riesgo de recurrir a fórmulas nuevas y complejas, y, a su vez, más sensibles a la representación de opciones minoritarias, y por lo tanto, al pluralismo político, se encontraría no sólo en que eso pudiera tener efectos sobre la gobernabilidad, sino también en su difícil comprensión, y con ello aceptación, por parte de la ciudadanía. De todas las formas, y dentro de un juicio por lo general benévolo con los resultados de la Ley D'Hont, sí pudieron escucharse diversas propuestas a favor de la adopción de otras fórmulas electorales. Entre otras, la profesora Rodríguez Ruiz propuso un sistema de media mayor como Halle. Torres Vela, el de Sainte -Lage, también de media mayor, y Javier Pérez Royo abogó por un sistema de resto mayor.

En casi todas las intervenciones hubo también un apartado dedicado a la posibilidad de poner fin al modelo de listas cerradas y bloqueadas a favor de uno nuevo bien de listas abiertas desbloqueadas o bien de listas cerradas desbloqueadas. Con respecto a la primera opción, creo que puede afirmarse que hubo una opinión mayoritariamente reticente, justificada en la mayoría de los casos en los problemas que dicha opción podría provocar desde el punto de vista de la proporcionalidad, y también tomando en consideración el propio compromiso con la paridad entre de hombres y mujeres. La opción por listas cerradas desbloqueadas encontró sin embargo muchos más avales entre los comparecientes, si bien algunos estudiosos de la experiencia italiana como los profesores Ruiz Robledo o Montilla advirtieron de la necesidad de tomar en consideración el nuevo papel que en ese contexto jugarían los lobbies y el coste que esto pudiera suponer. A este respecto, Montilla abogó por establecer un porcentaje mínimo de votos para que se pueda ver favorecido el candidato preferencia, en la misma línea que otros comparecientes como el profesor Martín de la Vega, quien insistió en la necesidad de respetar a los cabezas de lista. En cualquier caso, al igual que señalábamos con respecto a las propuestas de modificación de la fórmula electoral, se pudo constatar en las comparencias una preocupación común por evitar introducir complejidades en los procesos electorales que a la postre no sirvan sino para desincentivar la participación en ellos.

Otra de las cuestiones sobre las que insistentemente se recabó la opinión de los comparecientes fue la de hasta qué punto el desarrollo tecnológico aconseja implantar la posibilidad del voto electrónico. Cabe destacar, a este respecto las dudas manifestadas por Federico Javier Viejo Acosta, representante de INDRRA, quien llamó la atención sobre la inexistencia en la actualidad de mecanismos biométricos que garanticen que no exista ningún tipo de error en el reconocimiento del votante, más allá del alto coste que supondría la implantación de los hasta ahora experimentados. Fue también explícita en su escepticismo con respecto a la implantación del voto electrónico la profesora Paloma Biglino quien puso en duda el que pueda considerarse

una barrera al ejercicio del sufragio el que los ciudadanos tengan que depositar su voto en una urna cada cuatro años.

Señalados cuáles fueron los lugares sobre los que giraron las intervenciones de los comparecientes cabe terminar haciendo un breve resumen de las principales conclusiones que los diferentes grupos parlamentarios han extraído de este grupo de trabajo.

Empezaremos por aquellos dos grupos que, en nuestra opinión, han planteado de forma más clara la necesidad de llevar a cabo profundas reformas en la legislación electoral andaluza, el grupo Podemos Andalucía y el de Izquierda Unida los Verdes. Con respecto a Podemos, la primera de las reformas que plantea tiene que ver con el derecho de sufragio pasivo. Insiste este grupo en su informe en la ausencia de justificación de las restricciones impuestas en la actualidad al derecho de sufragio pasivo, restricciones que tienen su origen en la propia dependencia del ejercicio de este derecho respecto de los partidos políticos. Para superar esta situación se propone usar los actuales avances tecnológicos de tal forma que cualquier ciudadano pueda presentar su candidatura, lo que implicaría, como es lógico, eliminar el requisito de que listas electorales hayan de integrar tantos candidatos como puestos a cubrir, insistiendo a su vez, en la posibilidad que existe en la actualidad de que sean los electores los que impriman su papeleta y acudan con ella a las urnas, sin necesidad, por lo tanto, de sobrecostes para la administración.

Otra medida que sugiere este grupo parlamentario es la necesidad de implantar un sistema de voto único transferible, de tal forma que los votantes además de optar por una opción, puedan de forma subsidiaria, cuando su candidato hubiera sido ya elegido o eliminado, determinar a qué opción ha de dar apoyo su voto como voto sobrante. Insiste igualmente el grupo parlamentario PODEMOS en sus conclusiones, en la necesidad de que incentive la participación electoral de los más jóvenes, lo cual, en su opinión pasa por facilitar el voto electrónico, y esto, no sólo el día de las elecciones, sino extendiendo la posibilidad del ejercicio virtual del sufragio durante una semana.

De las conclusiones del grupo parlamentario Izquierda Unida, destaca que este el único grupo que plantea de forma inequívoca la necesidad de ampliar el número actual de diputados de cara a mejorar la actual proporcionalidad en la representación. Concretamente, el informe aboga por elevar hasta 119 diputados la composición de la cámara, buscando al mismo tiempo los necesarios ajustes para que nunca un partido con menos votos pueda tener más escaños que otro, algo a lo que contribuiría una reducción de mínimo provincial. El grupo de Izquierda Unida también aboga por el desbloqueo de las listas electorales, dando preferencia a aquellas candidaturas que hubieran obtenido más del 10% de los sufragios en una determinada

circunscripción. Del mismo modo, insiste el informe en la necesidad de imponer la denominada doble cremallera en la confección de las listas electorales, para garantizar así una paridad de género perfecta en la representación.

El extenso informe de conclusiones que elabora el grupo parlamentario popular tiene como punto de partida una defensa de la actual circunscripción sobre la base de su importancia para la integración territorial pero también a la luz de los propios datos de proporcionalidad, ya señalados, que arroja el sistema electoral andaluz. Del mismo modo, este grupo no solo se opone a un aumento del número de escaños sino que es el único que de forma abierta considera la posibilidad de reducir la misma, si bien, esto exigiría una reforma del propio estatuto andaluz. Con respecto a la posibilidad de modificar el actual modelo de listas cerradas y blindadas, el grupo popular aboga por atender a lo que en su opinión es una opinión mayoritaria en la sociedad y transitar hacia un modelo de listas cerradas desbloqueadas en el cual se asigne escaño a los candidatos que hayan superado un determinado umbral de apoyos, asignando el resto en función del orden establecido por los partidos políticos. Descarta, finalmente, en sus conclusiones, que se deba implantar el voto electrónico a distancia al no poderse en la actualidad garantizar que puedan producirse episodios de fraude electoral.

El informe del grupo parlamentario Ciudadanos es el que parte de una evaluación más crítica con respecto a la actual proporcionalidad del sistema electoral andaluz. Para paliar esta situación se descarta, en principio, un aumento del número de diputados de la cámara, y también, de forma taxativa, un sistema de distrito único, o establecer una circunscripción superpuesta a las ocho existentes, si bien sí se aboga por una reducción del mínimo de escaños a repartir por provincia y también por abandonar la fórmula D'Hont por otra que garantice una mayor proporcionalidad. En concreto, y en la línea de algunas de las opiniones manifestadas por los expertos comparecientes, la fórmula sugerida por este grupo sería la de Sainte-Laguë. Ciudadanos también aboga por un desbloqueo parcial preferencial de las listas electorales. Entre las conclusiones que ocupan un espacio propio en los trabajos de este grupo parlamentario está la que aboga por establecer la incompatibilidad entre la condición de diputado autonómico y la de senador.

El informe de conclusiones que eleva el grupo parlamentario socialista parte en este caso de un juicio en muchos de los aspectos favorable al funcionamiento del actual sistema electoral, descartando en este sentido ningún tipo de reforma que implique alterar sus aspectos centrarles, entiéndase: el número de diputados que componen la cámara, y circunscripción electoral el reparto de escaños por provincias y la propia fórmula electoral aplicable. Sí se sugiere, sin embargo, la posibilidad de elevar la barrera legal a un 5% en todo el territorio autonómico, de tal forma que así

adquiera una funcionalidad hasta ahora inexistente. En realidad son otros aspectos, más secundarios, podríamos decir, los que ocupan el centro de las propuestas de reforma que sugiere el informe socialista. Destacamos, en este sentido, la de suprimir la actual normativa, desfasada sin duda por la nueva realidad informativa, relativa a la jornada de reflexión y, más concretamente, a la prohibición de publicación de sondeos. Del mismo modo, el informe se muestra favorable a una limitación de los aforamientos y también a que se abandone el actual modelo de listas bloqueadas, si bien, en ambos casos, se considera que sólo un acuerdo a nivel nacional puede justificar y legitimar este tipo de medidas en el ámbito autonómico. Rechaza, sin embargo, por sus eventuales problemas de constitucionalidad, la posibilidad de regular el voto trasferido y también, en este caso por las posibilidades de fraude, el voto electrónico. Del mismo modo, el informe no aboga expresamente por la regulación de un sistema de doble cremallera para garantizar la paridad, destacando que Andalucía es pionera en este sentido al imponer la paridad perfecta de un 50 % de hombres y 50 % de mujeres en las candidaturas electorales.

Como se ha podido ver, desde un diagnóstico nada dramático a cerca del funcionamiento actual del sistema electoral andaluz, no parece que en el horizonte se atisbe una reforma del mismo que afecte a ninguno de sus elementos esenciales. Es cierto que, como hemos visto, las conclusiones de los grupos parlamentarios a los trabajos que se han llevado a cabo en el seno de la Comisión de Presidencia sí apuntan a la necesidad de acometer ciertas reformas, si bien, también lo es que no hay una coincidencia generalizada entre los grupos en cuáles han de ser estas ni en su propia prioridad, por lo que nos podemos atrever a decir que tampoco pueden, a corto plazo esperarse grandes cambios en estos aspectos secundarios o colindantes del derecho electoral de la comunidad autónoma.

CRÓNICAS Y DOCUMENTOS



El empleo público en Andalucía¹

Federico A. Castillo Blanco

Catedrático de Derecho Administrativo.

Universidad de Granada.

I. INTRODUCCIÓN: EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DE LA BUROCRACIA PÚBLICA ANDALUZA.

Cuando se observa la construcción de la burocracia pública en la mayoría de las Comunidades Autónomas bien puede afirmarse que la misma, a juicio de la mayoría de los observadores², nació en cierto sentido lastrada por al menos dos elementos que han venido condicionando a lo largo de las últimas décadas su existencia: en primer término, porque la preocupación por parte de las Comunidades Autónomas se centró no tanto en construir una nueva Administración sino en el proceso de reivindicación competencial abierto con la aprobación de los distintos Estatutos; en segundo lugar, porque en muchos casos la inexistencia de un marco legal en el empleo público adaptado a las previsiones constitucionales que sólo surgirá en el año 1984 cuando los efectivos –en forma de contratados e interinos- y la forma de funcionamiento de la función pública autonómica, ya constituida en esos momentos en buena medida, condicionó decisivamente la forma de gestión a plantear en las futuras normas y la problemática a resolver³.

¹ El texto que sigue es el expuesto en las JORNADAS DIEZ AÑOS DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA PARA ANDALUCÍA (2007-2017), celebradas en Granada el 21 de septiembre de 2017 y Sevilla el 28 de septiembre, organizadas por el Instituto García Oviado de la Universidad de Sevilla y el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.

² PORRAS NADALES, A., “La administración andaluza entre modernización y clientelismo”, *Revista catalana de derecho público*, núm. 18, 1994 y CÁMARA G., SÁNCHEZ, J. TERRÓN, J., *El Gobierno y la Administración*, Colección «Estatuto de Andalucía» (111), Barcelona, 1990, Ariel.

³ De todo el conjunto de problemas que han condicionado la construcción de nuestra burocracia pública, uno de los más graves y uno de los de mayor problemática judicial ha sido el de los funcionarios interinos. Como hemos visto el origen del problema se encuentra en el propio origen de construcción de la función pública autonómica: la necesidad de improvisar estructuras administrativas prácticamente nuevas, las resistencias de los funcionarios estatales a ser transferidos, las exigencias de autoafirmación de las nuevas organizaciones y otras motivaciones más cercanas al clientelismo explican el origen del problema como han puesto de manifiesto distintos autores (por todos MORILLO VELARDE «Noticias de la Administración Autonómica» a cargo de José I. Morillo-Velarde en *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*). De interés también resulta el trabajo del mismo autor “Competencias sobre régimen de las Administraciones Públicas (comentario al art. 47)”, AA.VV., *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Dir. Muñoz Machado y Rebollo Puig, Civitas, 2008

Asimismo, no hay que olvidar en este punto los vicios arrastrados en el período de trasferencias de competencias en los cuáles las de los recursos humanos constituyó un punto problemático que no contribuyó a otorgar una cierta racionalidad al sistema junto a la propia indefinición del modelo de integración territorial.

Muchos de estos obstáculos, sin duda, han quedado atrás, pero, en cualquier caso, los resultados han sido unas Administraciones autonómicas, miméticas en gran medida en cuanto a su diseño organizativo al modelo estatal (lo que en cierta medida era una consecuencia de la LOAPA), y una función pública en capas donde era, a juicio de la doctrina científica que se ha ocupado del tema, posible distinguir a los diversos colectivos atendiendo a su procedencia y régimen jurídico. El modelo finalmente resultante en ese momento, cuyos resultados seguramente no son achacables enteramente a las distintas leyes de función pública autonómicas sino a un conjunto de circunstancias diversas, ha venido marcado, según apunta ARENILLAS SAEZ, por elementos cómo los siguientes⁴:

- Una estructura de personal, tan solo superada años después, que estaba formada básicamente por contratados e interinos ante las dificultades del período de transferencias (inclusive vacantes que se traspasaban por la propia Administración del Estado y el fracaso de las medidas incentivadoras para los funcionarios de la Administración del Estado) y para cubrir las lagunas que las necesidades en aumento de la nueva Administración demandaban sobre todo en lo que se refiere a puestos directivos.

Dicho problema ya se advirtió con ocasión de la primera Oferta de Empleo Público de la Junta de Andalucía (Decreto 23/1988, de 10 de febrero) que finalizó en una revisión de oficio de la misma tras la STC 67/1989, de 18 de abril y tuvo, también, como hito dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional: la STC 27/1991, de 14 de febrero, que admitió la posibilidad de valoración razonable del tiempo servido como interino; y la STC 302/1993 que estimó los recursos de inconstitucionalidad frente a las Leyes 6/1988, de 17 de octubre y 7/1988, de 2 de noviembre rechazando la incorporación directa del personal contratado e interino sin efectuar prueba alguna.

Ante dicha situación fueron los mecanismos de negociación colectiva los que funcionaron. Dicha solución, el recurso a la negociación, habría de convertirse en el eje de la construcción del empleo público de Andalucía y no sólo en materia de consolidación del empleo público temporal

De esta forma, el Acuerdo de 5 de noviembre de 1990 (no publicado en el BOJA) que marcaba un compromiso de estabilidad para este personal hasta finalizar tres convocatorias de acceso al empleo público o el Acuerdo para modernizar la Administración de 1992 que añadía algo más y que se concretaba en que, presentados a las pruebas selectivas, si no superaban las mismas se negociarían los procesos que permitiesen la continuación de los mismos en puestos base con una relación laboral fija son una buena prueba, si nos referimos al personal interino, de lo expuesto.

Sin embargo, el problema no encontró una solución suficientemente satisfactoria y acontecidas esas tres convocatorias el contingente de personal interino seguía siendo importante. Ello desembocó en el Acuerdo de 1996 y, en otro posterior, de 27 de junio de 1999 (BOJA de 21 de septiembre).

⁴ ARENILLAS SAEZ, M., "Lo inevitable de la Función Pública Andaluza, Revista de Administración Pública de Andalucía, n° 8, 1991, págs. 103-136

- Una organización administrativa, como ya se ha dicho, mimética a la del Estado, aunque bien es cierto que, como se ha puesto de manifiesto por la mejor doctrina, la interpretación del modelo competencial tampoco admitía grandes variables.
- Una estructuración de la función pública con un doble criterio organizativo: las relaciones de puestos de trabajo y, en forma complementaria, los cuerpos de funcionarios. Elementos ambos no siempre conciliables y que como ha acontecido en nuestra propia Comunidad Autónoma han obligado a buscar otros elementos organizativos como las denominadas áreas funcionales.
- La existencia en los primeros momentos de un fuerte colectivo laboral con capacidad negociadora, sin criterios algunos de adscripción que forzó a un tratamiento igualitarista en el tratamiento de los diversos colectivos de empleados públicos aunque con serias dificultades en algunos aspectos (como el acceso a la condición de personal permanente).
- Un deficiente funcionamiento de los sistemas de provisión de puestos de trabajo en el sentido de carencia regular de convocatorias y uso excesivo de los sistemas provisionales y de la libre designación para la provisión de los puestos de trabajo.
- Una función pública carente de directivos públicos y cuyas funciones no podía cubrir el personal eventual ya que éste no cubría sino funciones de confianza o asesoramiento especial.

En el caso de Andalucía, específicamente, son plenamente aplicables las consideraciones anteriores⁵. El retraso en las reformas del empleo público estatales que no llegaron a plasmarse hasta 1984 condicionó decisivamente la estructura de personal de nuestra Comunidad Autónoma que no pudo intentar la construcción de su burocracia pública hasta 1985 con ya, en esos momentos, una importante masa de personal interino que ha sido históricamente un factor clave y determinante en la dinámica de construcción del empleo público andaluz que paradójicamente se ha

⁵ Situación que se resumiría por el Defensor del Pueblo, quizás con excesivo dramatismo, en un Informe emitido en 1995 aludiendo a que se ponía de manifiesto una “inexistencia de planificación de la Función Pública Andaluza, que, después de más de quince años de experiencia autonómica y de casi diez desde la aprobación y entrada en vigor de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de Andalucía, no ha conseguido la consolidación”. No pensamos, ciertamente, que la situación siete años después sea la misma. Lo cierto, desde nuestro punto de vista, y a pesar de las carencias a las que nos hemos referido con carácter genérico para todas las Comunidades Autónomas, es que culminado ya el proceso de transferencias, resuelto al menos en gran medida el problema del personal interino, y aconteciendo que la incorporación mayoritaria de personal se realiza a través de las ofertas de empleo público lo cierto es que existe una función pública ya consolidada. Necesitada de un nuevo impulso, con ciertos problemas en su funcionamiento, pero sin duda consolidada.

agudizado de nuevo, a impulsos de las medidas adoptadas durante la crisis económica, en el empleo público andaluz. En todas, y esto es importante subrayarlo, las administraciones andaluzas.

La Ley 6/1985, de 28 de junio, de Función Pública de Andalucía, una ley fiel al modelo estatal con los condicionantes —reflejados en sus propias disposiciones— derivadas de la realidad precaria del empleo en ese momento existente en la Junta de Andalucía, ha sido objeto de modificación en variadas ocasiones. Las más significativas y estratégicas han acontecido a impulsos de las reformas a su vez acontecidas en el ámbito estatal. Así, a título de ejemplo, la que se introduce con la Ley 3/1991, de 28 de diciembre para adaptarla a la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública que había sido objeto de modificación tras la sentencia 99/1987, de 11 de junio del Tribunal Constitucional, la Ley 17/1999, de 28 de diciembre, que incorpora las modificaciones producidas en la Oferta de Empleo Público, o la recientemente acontecida con la Ley 2/2016, 11 mayo, en materia de valoración de la antigüedad a efectos de méritos incluyendo los servicios prestados como interino. Como puede observarse reformas puntuales a las que deben añadirse específicas previsiones realizadas a través de la legislación presupuestaria o de acompañamiento de los presupuestos.

En suma, y aunque nos refiramos más adelante de forma detallada a estos extremos, si puede decirse que el desarrollo normativo de las previsiones establecidas en los dos Estatutos de Autonomía que han regido la vida institucional de Andalucía se ha movido a impulsos de dos elementos: un elemento fáctico, la estructura del personal de la Junta de Andalucía con un importante contingente de personal interino; y un elemento jurídico, las reformas acontecidas en el marco básico de la legislación estatal. Ciertamente se ha echado de menos un impulso propio, respetuoso de la normativa básica pero adaptado a las necesidades de la sociedad andaluza, y con una definición estratégica singular alejada de situaciones coyunturales derivadas del personal existente, sobre todo si se tiene en cuenta el peso específico de nuestra Comunidad Autónoma y el factor de impulso que en la economía andaluza representa la misma.

En la actualidad, y junto a problemas subsistentes e insuficientemente resueltos, se han agravado dos muy relevantes, a saber: el primero de ellos común a todo el país, la temporalidad del empleo público y es que en Andalucía, durante los ocho últimos años de crisis, con la tasa de reposición limitada por las medidas adoptadas en el ámbito estatal, la tasa de interinidad en la Junta se ha disparado del 3 al 13,5% en la educación pública, y roza hasta el 25% en la sanidad; y en segundo lugar, su envejecimiento y, en este sentido, simplemente un dato, en este caso referido a la AGE pero que en gran medida es extrapolable a nuestro empleo público, lo pondrá de manifiesto: el 15'18 % de los empleados públicos tiene más de 60 años, el 74,62 % se encuentra

entre los 40 y los 59 años, y sólo el 10,09 % tiene menos de 40 años⁶. Digamos algo más de estas disfunciones que hoy están presentes en nuestro empleo público.

Es conocido que, en 2005, la Comisión Europea ya advirtió a España de que la Administración pública tenía sumamente elevada la tasa de empleos temporales. Para corregirlo Bruselas exigió medidas urgentes que ayudaran a estabilizar el trabajo de su plantilla y redujeran la tasa de interinidad al 8% en 2012. Educación y Sanidad estaban en el punto de mira, no por otra razón sino porque son los servicios públicos con mayor número de trabajadores. En Andalucía, por aquel entonces, el porcentaje de profesores interinos rondaba el 21%, siendo una de las plantillas más envejecidas del país, y en el ámbito sanitario la cifra era superior al 25%. Y, desde luego, algo se avanzó desde ese momento en este concreto aspecto.

No obstante, durante los últimos ocho años de crisis económica, España ha vivido sometida a fuertes políticas de austeridad, medidas de consolidación fiscal y de recortes en el gasto público. Una de las decisiones más duras, impuesta primero por el Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero y prorrogada los últimos cinco años por el gabinete de Mariano Rajoy, han sido los límites a la tasa de reposición de efectivos, que han impedido a las comunidades autónomas cubrir el 100% de las vacantes de médicos y maestros que salían del sistema (se jubilaban o morían). Esta medida no sólo cerró el grifo de las ofertas de empleo público, sino que también disparó la tasa de interinidad y de empleo laboral temporal en la Administración y provocó un

⁶ Otras características de nuestro empleo público son:

- El empleo público se concentra en los servicios del Estado del Bienestar, especialmente en los servicios educativos y sanitarios, que representan el 40% del total (Comunidades Autónomas: 582 efectivos en el Área de Docencia no Universitaria, y 490.509 en Instituciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud).
- Importante presencia femenina en el empleo público: más de la mitad de sus integrantes son mujeres (55,29%). Mayor porcentaje en el personal de las Comunidades Autónomas (69,07 %), dado que en las áreas de Sanidad y Educación, competencias de las CC.AA., trabajan las mujeres en porcentajes muy superiores a la media, y que es la Administración de más reciente creación y, por ello, refleja la creciente incorporación de las mujeres al mercado de trabajo que ha tenido lugar en las últimas décadas. La menor presencia de mujeres en la Administración Pública Estatal (30,68 %) se explica porque en las Fuerzas Armadas (12,55 %) y en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (9,94 %) existe todavía un abrumador predominio masculino. El porcentaje de mujeres en la Administración General del Estado (51,77 %) es ligeramente inferior al del conjunto de las Administraciones Públicas.
- Se ha producido una importante “laboralización” del empleo público en España: el 23,13 % de los empleados públicos son personal laboral (713), siendo mayoritarios es la Administración local (53,32 %).
- El personal de la Administración Pública Estatal supone menos de la cuarta parte del total de empleados públicos (la Administración General del Estado, en sentido estricto, supone únicamente el 8,19% del total).
- El personal de las Comunidades Autónomas dobla ampliamente al de la Administración Pública Estatal.
- La Administración local cuenta con un número de empleados superior al de la Administración Pública Estatal.

mayor envejecimiento de las plantillas. Aun aceptando que se consigan los objetivos previstos, no está de más de nuevo recordar, como ya han hecho especialistas en materia de empleo público como SANCHEZ MORÓN, PALOMAR OLMEDA, MAURIMAJÓS, JIMÉNEZ ASENSIO O KOLDO ECHEBARRÍA, etc. que este tipo de medidas tienen un no deseable doble efecto. Quiero decir con ello que, junto a intentar lograr contener el déficit, introducen y exacerbaban disfunciones ya existentes, básicamente por su carácter lineal y uniforme, en la estructuración y en la gestión del empleo público⁷, en la motivación de los empleados públicos y si se mantienen a largo plazo conducen a una selección adversa y a una fuga de capital institucional en lo que se refiere a la construcción de una burocracia pública, en palabras de RANDMAN, “altamente profesional, imparcial políticamente, fiable, eficiente y receptiva”⁸.

La crisis, por tanto, revertió todo el trabajo que se había realizado entre 2005 y 2012 para estabilizar el empleo en las administraciones, y recuperó las cotas de temporalidad anteriores al 2005. Hasta ahora, nunca antes una administración había estado tanto tiempo seguida sujeta a un límite tan sumamente estricto de la tasa de reposición con las consecuencias ya aludidas.

Vayamos al haber. La ventaja fundamental de nuestra burocracia pública, como ha puesto de manifiesto SANCHEZ MORÓN⁹, es la profesionalización de nuestro régimen de empleo público que, a pesar de los pesares, se ha conseguido preservar en lo esencial desde hace casi un siglo, no obstante la preferencia por el criterio de la confianza política para el nombramiento de un número creciente de cargos de nivel superior y de ciertas disfunciones clientelares, más frecuentes en unas Administraciones que en otras.

Téngase en cuenta que, como ha advertido dicho autor, la profesionalidad va unida a una estabilidad sustancial en el empleo, que es prácticamente absoluta para el personal funcionario y también sigue siendo la regla general de facto para el personal laboral, a pesar del elevado porcentaje de empleados públicos temporales que existe en las Administraciones autonómicas y locales y de las posibilidades de despido

⁷ Como ha puesto de relieve BAYLOS, A., *Sobre la reducción salarial de los Empleados Públicos*, Informes de la Fundación, n° 19, Fundación 1° de mayo, 2009, página 5, “El salario expresa en términos convencionales el valor del trabajo. Es cierto que no todo el valor realizado, pero sí el que concierne a la productividad media de la rama de producción y que se materializa en un cierto valor social de la profesión o del trabajo materialmente prestado por determinadas personas en una jerarquía salarial que es también social. La reducción del salario de un trabajador implica por consiguiente un juicio negativo sobre el valor de su trabajo que pierde prestigio social y reduce su posición en la jerarquía salarial”.

⁸ RANDMAN, T. (2002). “Small States and Bureaucracy: Challenges for Public Administration.” *Trames* 6(4): 374-389.

⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M.: La administración tras la crisis: el empleo público. SUMAS 2012, Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, pp. 1-12, 2012.

colectivo por razones económicas o de organización que confirma –más que abre- la última reforma de la legislación laboral. La profesionalidad supone asimismo que la mayoría de los empleados públicos, seleccionados mediante pruebas objetivas, están preparados y cualificados para desempeñar sus tareas adecuadamente, y que gozan de oportunidades de formación permanente y de ciertos estímulos para el desarrollo de su carrera en el sector público. Naturalmente, estas cualidades positivas deberían conservarse a toda costa e incluso garantizarse en mayor medida que hasta ahora, siempre sobre la base de los criterios de mérito y capacidad.

No es menos cierto, sin embargo, que existe un acuerdo mayoritariamente generalizado en la doctrina, y en los gestores de recursos humanos, de las carencias que el sistema presenta (SANCHEZ MORÓN, JIMENEZ ASENSIO, GORRITI, CANTERO, GARRIDO CUENCA, etc.). Por resumirlo, y a juicio del primero de los autores citados, sigue siendo un sistema demasiado rígido, poco eficiente o productivo y en buena medida improvisado y desequilibrado. Y sigue poniendo de relieve que “la rigidez y relativa ineficiencia vienen de lejos, ya que en la regulación del régimen del empleo público ha pesado habitualmente más la garantía de los derechos de los funcionarios y, por asimilación, de otros empleados –esto es, sus demandas corporativas o gremiales- que la preocupación por la eficacia del servicio público. El desequilibrio y la improvisación se acentuaron en las décadas de expansión y crecimiento cuando ha habido que erigir nuevas Administraciones públicas por razón de la descentralización, organizar los servicios universales del Estado del Bienestar y cuando se ha querido dar respuesta política a numerosas demandas sociales –y territoriales- no todas ellas razonables ni atendibles sin incrementos exponenciales del gasto público”¹⁰.

¹⁰ Expone SANCHEZ MORÓN en el trabajo citado que “Lo cierto es que, hasta hace muy poco tiempo, ya entrada la crisis económica, el número de empleados públicos no había dejado de aumentar, a la par que mejoraban continuamente sus derechos retributivos y laborales –hay quien los llama privilegios-, sin la contrapartida de una mayor productividad, inclusive medida en términos elementales de tiempo de trabajo. Estos defectos y problemas no se han afrontado nunca de manera efectiva y menos aun rigurosa, a pesar de la crítica doctrinal, de las recomendaciones de no pocos informes oficiales y de las promesas electorales de los partidos.

El último intento general de abordarlos, que se puso en marcha con la preparación del EBEP, ha sido en gran medida y a la postre un intento fallido, pues muchas de las propuestas que se formularon por la Comisión creada al efecto no llegaron al texto de la Ley o bien se recogieron en ella de manera ambigua o descafeinada, como meras posibilidades a concretar por una legislación de desarrollo que hasta ahora no ha visto la luz de forma generalizada. Desde luego no en Andalucía. Frente al impulso reformista prevaleció una lógica conservadora del modelo existente y los intereses propios de los partidos y de los sindicatos más representativos. Creo que esto es historia sabida, por más que inmediata, en la que no merece la pena detenerse.

Lo que si ha sucedido es que la crisis nos reveló, a la opinión pública en general, algunos “excesos”. Había servicios duplicados sin ventaja aparente para el ciudadano. Se ha puesto de relieve una excesiva politización de la Administración pública y del régimen del empleo público, que ha llevado a multiplicar

En el momento actual, la Junta de Andalucía ha aprovechado que el límite de la tasa de reposición parece tener los días contados para presionar al Gobierno del Estado, instándole a que regule la convocatoria de una oferta de empleo extraordinaria masiva con el objetivo de dar estabilidad a miles de interinos de la Administración, sobre todo médicos y profesores. El Gobierno de Andalucía se ha apresurado a marcarse el tanto, anunciando que con esta fórmula (a coste cero según se dice) blindaría la plaza de 40.000 maestros interinos y eventuales del Servicio Andaluz de Salud (SAS). Su socio de legislatura, Ciudadanos, ya le ha advertido de que estará vigilante, y que no aceptará que se blinde la plaza de eventuales en la Administración “por la puerta de atrás”. Ya veremos que sucede, pues la mayoría de estos procesos se pondrán en marcha ahora, aunque las vías abiertas en la legislación presupuestaria del Estado de 2017 para esta cuestión ya han quedado francas y disponibles.

En realidad éste no es un debate exclusivamente andaluz. Y, de hecho, formó parte de la negociación entre el Ministerio de Hacienda y las Comunidades Autónomas en el marco de la Conferencia de Presidentes. Y como se sabe se ha saldado con una flexibilización de la tasa de reposición de efectivos y con la apertura de distintos mecanismos para consolidar el empleo público temporal que lucen ya en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2017.

El debate, en estos momentos, es el mismo de siempre: ¿se usará o no un procedimiento ordinario de oposición para dar estabilidad a su plantilla? ¿cómo se primará la experiencia? ¿asistiremos a procesos de selección meramente formales dirigidos a consolidar a quienes ya prestan servicios?. Las declaraciones, en este punto, no dejan lugar a dudas y son del tipo: *“Queremos garantizar que no va a haber una descapitalización del sistema sanitario y educativo, que no vamos a perder a profesionales con experiencia”*.

En cualquier caso, y conviene advertirlo, este reto que se abre en estos momentos no es, a pesar de su relevancia, el principal problema de nuestro sistema de empleo público y algunos de los apuntados más arriba destacarían en el ranking.

servicios y unidades administrativas contra toda lógica económica y de buena administración, y que ha dado lugar a numerosas prácticas clientelares, con menoscabo de los principios constitucionales que rigen el empleo público, y ha impedido o dificultado el desarrollo de un modelo gerencial de recursos humanos en las Administraciones públicas.

Se ha evidenciado también que entre los derechos adquiridos por los empleados públicos -incluida la seguridad en el empleo y en el propio puesto de trabajo- y sus deberes y obligaciones -particularmente las relativas a jornada y tiempo de trabajo-, existe una asimetría muy alejada de los estándares del sector privado.

Asimismo, y bien que es doloroso ponerlo de manifiesto, ha quedado patente que el régimen de la negociación colectiva en el sector público, tal como ha sido entendido y practicado por los sindicatos y aceptado de hecho por los gobernantes, contribuía decisivamente a esos desequilibrios y constituía no ya un obstáculo insalvable para la contención del déficit público, sino una de las razones fundamentales por las que se ha disparado, etc”.

Ahora vayamos a lo jurídico ¿de qué instrumentos disponemos para afrontar los retos del empleo público en la actualidad?.

II. TITULOS CONSTITUCIONALES HABILITANTES DE LA COMPETENCIA ESTATAL Y AUTONOMICA EN MATERIA DE FUNCION PUBLICA.

Un Estado descentralizado como el que preconiza la Constitución de 1978 necesariamente ha de manifestarse, y ello como parte del núcleo irreductible básico en que se basa, en la posibilidad por parte de las Administraciones públicas territoriales de articular su estructura orgánica y, por ende, su función pública como elemento éste último instrumental para la consecución de los objetivos expresados, con carácter genérico, en el abanico competencial a éstas atribuido.

Nuestro país, con poca tradición descentralizadora, hubo de enfrentarse en esta materia tras la aprobación del texto constitucional a delimitar qué elementos del empleo público constituían un vértice central que debía ser común a todas las burocracias públicas pertenecientes a los entes territoriales y, por ello, de necesaria regulación estatal y, de otro lado, qué otros elementos componentes del Estatuto de la función pública, no estructurales en consecuencia del sistema de empleo público total, debían en todo caso resultar atribuidas al resto de Administraciones públicas. Lo cierto es que, si lo analizamos con la perspectiva que el tiempo nos ofrece, el ejercicio por parte del Estado de sus competencias ha sido excesivamente intenso en esta materia, seguramente por la inercia histórica a la hora de interpretar el texto constitucional, resultando un modelo final que apenas, si salvamos el caso de Navarra, difería entre sí no sólo en aspectos estructurales sino, lo que sí podría resultar cuestionable, en el resto de los elementos que apenas resultan diferenciados.

Las atribuciones competenciales establecidas en el artículo 149 CE asignan al Estado la legislación básica en materia de función pública. De esta forma, el art. 149.1.18 de la Constitución reconoce al Estado la competencia exclusiva para dictar las bases del régimen jurídico de la Administraciones Públicas. El Tribunal Constitucional, en su conocida sentencia 5 de agosto de 1.983, declaraba, analizando el alcance del concepto, que del precepto derivaba una doble competencia estatal: “1ª Competencia para regular los aspectos básicos de la situación personal de los funcionarios públicos; es decir, de la denominada relación de servicio, contenido indiscutible del régimen estatutario, y 2ª competencia para regular los aspectos esenciales de la organización de la burocracia de las Administraciones Públicas, pues la expresión "régimen jurídico" contenida en el precepto constitucional no se refiere exclusivamente al procedimiento y al régimen de recursos, como ha señalado este Tribunal Constitucional en su sentencia 32/1.981, de 28 de julio, y ha de entenderse incluida también en ella la regulación básica de la organización de todas las Administraciones públicas”.

Señalando, específicamente en un párrafo posterior, la sentencia referida respecto de las competencias de las CC.AA. que *"cada Comunidad Autónoma ha de respetar, en cualquier caso, las bases que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.1.18 de la Constitución, corresponde fijar al Estado"*.

De esta forma, la expresión régimen estatutario de los funcionarios incluye a todas las Administraciones públicas (SSTC 99/1987, de 11 de junio y 235/1991, de 12 de diciembre), y en éste ha de entenderse incluido los principios estructurantes del sistema de acceso al empleo público y el ascenso a nuevos cargos dentro de la organización así como la pérdida de la condición de funcionario público (SSTC 193/1987 y 207/1988), los procedimientos en virtud de los cuales los empleados públicos participan en la fijación de sus condiciones de trabajo (STC 98/1995, de 29 de julio), las incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (STC 179/1989, de 2 de noviembre) y el sistema retributivo (SSTC 63/1986, de 21 de mayo y 103/1997, de 24 de mayo). Específicamente, respecto de este último, la jurisprudencia constitucional citada establece que las bases del régimen estatutario de los funcionarios pueden extenderse a incluir en ellas previsiones relativas a las retribuciones de los funcionarios públicos, comunes a todas las Administraciones Públicas, y a la cuantía de éstas, lo que, a su vez, hallaría fundamento en los principios constitucionales de igualdad y solidaridad.

Sin embargo, y como SANCHEZ MORON ha explicado fundadamente, la normativa básica atribuida al Estado no necesita extenderse a todos los extremos de un Estatuto del empleo público ni tampoco requiere la misma profundidad en todos ellos y si observamos las tendencias existentes en el empleo público dentro del Derecho comparado podremos observar también cómo la descentralización en esta materia ha sido un elemento principal de las reformas administrativas que se han emprendido¹¹. Efectivamente, desde nuestro punto de vista, puede decirse que la estructuración del empleo público español tras la Constitución española, y aún cuando esta había introducido elementos novedosos en el sistema, no varió en lo esencial, seguramente por la fuerza de la inercia preconstitucional, las competencias para la definición del modelo de empleo público que ha seguido siendo definido prácticamente de forma íntegra por el Estado.

Lo cierto es que ese período ha revelado que esta perspectiva de construcción de la burocracia pública no es la única que puede realizarse. Y es que, en efecto, la lectura de los títulos competenciales constitucionales realizada en ese momento presentaba, desde nuestro punto de vista, ciertas carencias y, en cierto sentido, resultaba lastrada por la visión preconstitucional de definición de lo que haya de entenderse

¹¹ SANCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública* (10ª edición), Tecnos, Madrid, 2017.

por empleo público. Inclusive, podría añadirse, que era poco operativa para el funcionamiento eficiente del sistema de gestión de los recursos humanos en las Administraciones públicas territoriales tras haberse casi completado el ciclo de transferencias competenciales a éstas.

En este sentido, la interpretación que haya de realizarse de los títulos competenciales previstos en los artículos 149.1.18 y 149.1.13 CE ha de ponerse en necesaria conexión, en materia de función pública, con las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas en el artículo 148.1.1 relativo a las facultades que las mismas ostentan en materia autoorganizatoria y de gestión y, asimismo, con las derivadas del reconocimiento de autonomía a las entidades locales en el artículo 137 CE que necesariamente han de tener una importante expresión en esta materia que está en íntima conexión con aquél.

En consecuencia, el sistema integral de función pública o de empleo público habría de venir alimentado en sus elementos estructurales por el Estado dadas las exigencias del modelo constitucional de empleo público, pero a éstas consideraciones tendrían que unirse las derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas y de los Entes Locales -o inclusive de otras Administraciones públicas no territoriales- que sumarían a este modelo otros elementos que lo complementarían singularizándolo y adaptando este al marco competencial propio. Así las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, como competencia normativa estatal, solo alcanzarían al primer aspecto mientras que el segundo, lógicamente y de forma natural, estaría en manos del resto de Administraciones públicas.

Y es que el papel asignado al Estado, como organización pública directiva y planificadora a nivel global, dista en gran medida del papel que Comunidades Autónomas y Entes Locales parecen llamados a jugar como entes territoriales con competencias de ejecución muy relevantes en ámbitos claramente diferenciados de lo que podríamos denominar Administración tradicional. Y a ello debe responder también el sistema de función pública que no es abarcado de forma completa por los aspectos estatutarios básicos que sólo han de dirigirse a garantizar los aspectos más relevantes de dicha relación (los atinentes al modelo de función pública derivados de los artículos 23, 28 y 103.3 CE), sino que ha de responder, a fin de evitar rigideces y dificultades en su aplicación, a la organización y competencias que a éstas se les atribuyen permitiéndoles un amplio campo de definición. Es decir, concluyendo la idea apuntada, el sistema de función pública en cada Administración territorial vendría compuesto por los elementos derivados del sistema estatutario común a todos los funcionarios públicos al servicio de todas las Administraciones públicas, pero también, y aquí radica la clave para la correcta comprensión del problema planteado, por un grueso de materias atribuida al resto de los entes territoriales distintos del Estado

destinada a singularizar el sistema de función pública articulado a nivel global a las exigencias que resultan de las competencias atribuidas a cada Administración pública y la organización establecida por éstas a fin de darles cumplimiento y eficaz prestación.

Ciertamente, y como ha reflejado NIETO, la *“Función Pública se encuentra sometida a dos tensiones contrarias: la uniformizadora, que invoca la racionalidad, y la fraccionaria, que se apoya en la realidad. Pero la verdad es que la uniformización responde con frecuencia a inspiraciones que, so capa de racionalidad, lo que ocultan es la abstracción. Y tan contraproducente es la integración en un mismo grupo de elementos heterogéneos como la descomposición de un grupo homogéneo en fracciones distintas”*, diagnóstico preciso que nos releva de realizar comentario alguno más y que refleja claramente la tensión referida en párrafos anteriores¹².

III. LA PROPUESTA REALIZADA POR EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO Y SU NECESARIO DESARROLLO.

La aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público supuso, en nuestro sistema de relación bases-desarrollo, una nueva propuesta legislativa. Como es suficientemente conocido, las propuestas formuladas partían de elaborar un Estatuto Básico de menor extensión, que contuviese normas de aplicación directa, pero con una eminente función directiva, susceptible de ser adaptado por la legislación de desarrollo a las características propias de cada Administración, de acuerdo con las opciones de los órganos parlamentarios y de gobierno competentes; un Estatuto, como se indicaba en el Informe que precedió a éste realizadas de forma previa por una Comisión constituida al efecto, *“que contenga solamente aquello que convenga regular para el conjunto de las Administraciones Públicas”*¹³.

¹² NIETO, A., “La nueva organización del desgobierno”, Ariel, Barcelona, 1996, pág. 152.

¹³ Con este mismo sentido ha de operar, en opinión de MONTILLA MARTOS, J.A. “La legislación básica tras las reformas estatutarias”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 78, 2006, pág. 118, la legislación básica ya que en su opinión “...las bases delimitadoras de las competencias autonómicas deben constituir una regulación de mínimos. Ese mínimo normativo tiene, a su vez, un rasgo estructural, al menos con carácter tendencial, cual es su carácter principalista, no tanto como exigencia constitucional sino funcional, esto es, como límite estructural al detallismo. El carácter normativo de lo básico, de forma que pueda ser directamente aplicable y no a través de las normas autonómicas, no obsta, a mi juicio, para sostener que la estructura de esas normas debe evitar el tratamiento detallado y hacer más hincapié en los criterios ordenadores de carácter general”. Debe subrayarse que ciertamente, y aún cuando con carácter general lo básico ha de establecerse mediante ley, la extensión e intensidad de las bases puede variar por razón de la materia (STC 50/1999, de 6 de abril); que la noción material de bases justifica su establecimiento por vía reglamentaria o, excepcionalmente, mediante actos ejecutivos (SSTC 1/1982, de 28 de enero; 57/1983, de 28 de junio; 48/1988, de 22 de marzo; 179/1992, de 13 de noviembre; 197/1996, de 28 de noviembre, entre otras).

En el sentir de la Comisión aludida el Estatuto debería constituir una norma básica que permitiese a todas y a cada una de las Administraciones, sobre la base de un sustrato común de derechos y deberes de los empleados públicos, acometer las reformas específicas que requiriese la modernización de su sistema de empleo público permitiendo adaptar su modelo de empleo público a los requerimientos y las finalidades de su propia organización. Las propuestas de la Comisión, por tanto y en esta línea, acogían distintas posiciones de lo que debía ser entendido como básico, verbigracia¹⁴: en unos supuestos, el Estatuto debería contener normas de obligado cumplimiento; pero en otros casos dichas normas no tendrían sino un carácter habilitador, de directriz o meramente orientativo. Inclusive el texto final, y según lo ya expuesto, acogió otras funciones de lo denominado básico, ciertamente más discutibles, como norma o menú dispositivo o de configuración de un estándar mínimo o supletorio en otros supuestos¹⁵.

El resultado inmediato de esta propuesta legislativa se tradujo en separar netamente la función constitucional específica de ordenación competencial atribuida al Estado a través de la legislación básica, de la función de regulación ordinaria en el ejercicio de sus competencias que no puede ni debe confundirse con la anterior si bien no era ello lo que había ocurrido hasta ese momento¹⁶. Se ha producido, con ello y a efectos prácticos de lo que en este punto interesa subrayar, un efecto indirecto en el legislador estatal de contención a la hora de establecer las bases del sistema de empleo público¹⁷.

En este sentido, el EBEP utilizó, hagamos un paréntesis ahora en cuanto al acierto de sus soluciones, una técnica novedosa en la plasmación y delimitación de esa legislación básica. De un lado, como ya se ha adelantado, el legislador del EBEP

¹⁴ Puede verse a este respecto TORNOS MAS, J. "Sistema de Distribución de Competencias", AAVV, *"El Funcionamiento del Estado Autonómico"*, MAP, Madrid, 1999, pp 158 y ss.

¹⁵ Véase, a título de ejemplo, la estructura de las retribuciones complementarias. Lo que, por otro lado, tampoco ha sido una novedad en este texto legal ya que, como puede comprobarse, el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud también así lo contempla.

¹⁶ En torno a este punto es muy acertado desde nuestro punto de vista el análisis que realiza BALAGUER CALLEJÓN, E, "Las cuestiones competenciales en los actuales procesos de reforma de los EA", *RGDC*, nº 1, 2005.

¹⁷ Si bien se discute si las previsiones estatutarias determinan o no un cierto "blindaje" de las competencias autonómicas, mi opinión en este punto es que el legislador básico estatal no resulta obligado por la delimitación negativa efectuada. Como ha expuesto MONTILLA MARTOS, J.A., en la obra citada, "aún cuando el Estatuto no pueda condicionar lo básico, la reforma estatutaria incide en ese proceso de delimitación, aunque de forma indirecta, pues al detallar con exhaustividad las competencias autonómicas condiciona la delimitación de lo básico que corresponde al Tribunal Constitucional. Y eso por dos razones: en primer lugar, por la alteración del parámetro de constitucionalidad que supone y, en segundo lugar, por lo que podemos denominar la doble deferencia del Tribunal, no sólo al legislador básico sino también al Estatuto".

segrega la función de legislador básico de la de legislador ordinario. Es decir, sólo y exclusivamente se refiere a aquellos aspectos que considera estructurales del sistema de empleo público de todas las Administraciones públicas y remite a leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas el desarrollo de dichas previsiones a fin de que completen el modelo de empleo público que, por definición constitucional, es un modelo que ha de ser definido en su integridad con la colaboración de estas Administraciones. De otro, y por esa misma razón, hace descansar la responsabilidad, ahora sin excusas, de la mejora del modelo respecto de su propio empleo público en las Comunidades Autónomas y los entes locales.

Por tanto, tras su aprobación, y corresponde fundamentalmente a las Comunidades Autónomas, era el momento de continuar la senda emprendida en esta reforma que, sin embargo con crisis y sin ella, se está demorando en demasía, si dejamos a salvo algunas Comunidades Autónomas que, como Valencia, Asturias, Castilla-La Mancha, Aragón, etc., han emprendido, en mayor o menor medida, con mayor o menor fortuna, y a mayor o menor velocidad, dicha labor¹⁸. Desgraciadamente el período de crisis no solo no ha impulsado mayores reformas, sino que, muy al contrario, o ha ralentizado las reformas emprendidas allí donde se habían iniciado, ha demorado las mismas en aquellas CCAA que no las habían emprendido y, en fin, también ha acentuado algunas disfunciones del sistema muy específicamente en el sector local donde la normativa de la crisis (la LRSAL) ha introducido más confusión que soluciones a los problemas que ya estaban planteados.

Ahora, sin embargo, es necesario retomar la senda olvidada. Ahora que las consecuencias de la crisis económica más perentorias dejan de tener un peso específico impositivo de las mismas y que es preciso resolver, sin más demora, la construc-

¹⁸ Esta demora, inexplicable ciertamente, puede encontrar explicación, a juicio de JIMENEZ ASENSIO, R. y CASTILLO BLANCO, F.A., *Informe sobre el Empleo Público Local. Balance y propuestas para su racionalización en el marco del empleo público.*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009, pág. 104, en dos factores: “El primero, como se ha visto, es que el EBEP es una norma compleja que hasta cierto punto supone un cambio de paradigma en el modo y manera de configurar el empleo público. Requiere un cambio de cultura de la organización, una inversión en nuevos instrumentos y herramientas de gestión, así como una potenciación y refuerzo institucional de las unidades de gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas. En suma, un cúmulo de retos, pero que abren asimismo no pocas oportunidades para una mejora y modernización de las vetustas estructuras y métodos de gestión de personas en nuestras organizaciones públicas.

El segundo factor, mucho más contingente (al menos eso esperamos), es la crisis económica que azota a las economías occidentales (aunque se puede afirmar que es una crisis globalizada) y, especialmente, a España. El EBEP es, y así se debe reconocer, una norma “cara” en su aplicación, sobre todo depende como se haga esta. Dicho rápidamente, poner en marcha un buen sistema de evaluación del desempeño, así como luego aplicarlo de forma óptima, requiere un gasto notable. Lo mismo se puede decir de la implantación de un sistema de carrera profesional horizontal, pues si no se hace de forma escalonada y racional el incremento de gasto puede generar puntas insostenibles que presionen sobre unos depauperados presupuestos. En menor medida, una buena dirección pública profesional requiere de alguna necesaria inversión, así como la puesta en marcha de una potente unidad de recursos humanos exige gasto”.

ción de la burocracia profesional que nuestro país, y más concretamente, Andalucía demanda. Y también, por ello, es un buen momento para tener en cuenta nuevos elementos en relación a la prestación de los servicios que, a buen seguro, deberían de ser tenidos en cuenta en el desarrollo legislativo del EBEP. Desde luego, y si el legislador autonómico no actúa, las bondades que en muchos aspectos, sin duda, tiene el EBEP permanecerán inactivas y todo el potencial modernizador que algunas de estas previsiones tienen como elemento de cambio, seguirán adormecidas. Piénsese, por ejemplo, que los grandes motores de cambio que introduce esta norma respecto del modelo hasta 2007 vigente de empleo público eran principalmente tres: a) La carrera profesional (sobre todo la implantación de la carrera horizontal), b) La evaluación del desempeño; y c) La figura del directivo público profesional. Pues bien, estos tres motores de cambio requieren, con mayor o menor intensidad, que el legislador de desarrollo del EBEP actúe y que, más concretamente, y en Andalucía que el legislador andaluz acometa de una vez por todas esa difícil aunque necesaria responsabilidad.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que, en su caso, numerosas cuestiones han de ser objeto de debate en este ámbito. Desde la configuración, más funcional o más laboral del empleo público, hasta la racionalización de los cuerpos y escalas de funcionarios existentes y su mayor conexión con el sistema de puestos de trabajo, el desarrollo del sistema de carrera y el establecimiento de un adecuado sistema retributivo, el establecimiento de mecanismos adecuados para la distribución de efectivos, la ruptura del dogma de adscripción indistinta de los puestos de trabajo y un efectivo funcionamiento de las áreas funcionales, la afirmación y garantía de los principios constitucionales atinentes al empleo público y específicamente a su selección introduciendo nuevos elementos para asegurar una selección adecuada, etc. Elementos, entre otros muchos a los que podríamos referirnos, en los que se deberá seguir insistiendo si se quiere que ese primer paso que significó el EBEP tenga ahora, como consecuencia de la promulgación de la normativa autonómica, su efectiva plasmación en un funcionamiento más óptimo del sistema de empleo público en general y, muy particularmente, del sistema de empleo público autonómico y local.

Junto a ello, nuevas exigencias derivadas de la decidida incorporación de la mujer española al mundo del trabajo, y al sector público en particular, y las nuevas exigencias que la prestación de servicios requiere, imponen, asimismo, la implementación de nuevos desarrollos normativos que se plasmen en medidas tales como la profundización en la conciliación de la vida familiar y laboral; el establecimiento de medidas de discriminación positiva en la carrera administrativa a favor de la mujer en aquellos sectores de nuestra Administración en que las mismas no hayan alcanzado un mínimo de puestos de responsabilidad; nuevas formas de prestación de trabajo y descentralización de la prestación del mismo; la participación en la de-

finición de objetivos de unidades orgánicas; la posibilidad de existencia de puestos de trabajo con multifunciones o polivalentes sin adscripción permanente a unidades orgánicas permanentes; una reordenación del tiempo de trabajo con potenciación del trabajo a tiempo parcial, flexible o en jornada partida; el establecimiento de jornadas complementarias en momentos punta de trabajo compensadas con días de descanso en períodos de menor intensidad laboral, un adecuado desarrollo de las situaciones administrativas que responda a los requerimientos de reestructuración de plantillas que, a buen seguro, hemos de abordar en los tiempos actuales, abordar la regulación de la desvinculación, etc., pero sin olvidar, también, la necesidad de estructurar también claramente una tabla de deberes y de exigencias éticas que materialice las previsiones en este caso recogidas en el EBEP y responda a las exigencias de servicio que el ciudadano plantea a nuestras Administraciones públicas (controles de integridad, calidad, transparencia, cartas de servicios, reestructuración de los sistema de responsabilidad, plena introducción de los sistemas de evaluación del desempeño, etc..).

Ya lo he dicho en otro sitio, pero creo que es preciso repetirlo. La respuesta a estas cuestiones debiera pasar desde luego, en primer lugar y antes de adentrarnos fervorosamente y sin suficientes criterios por el iter legislativo, en realizar necesariamente un análisis más exhaustivo de los problemas que aquejan a la función pública autonómica y al empleo público en la Administración local y universitaria de las distintas Comunidades Autónomas y, en lo que nos afecta, en Andalucía. Y en qué medida, cómo y en qué aspectos la existencia de una legislación autonómica en la materia puede ayudar a resolver éstos. Desde luego, y en la actualidad, no puede argumentarse para afrontar estos retos la inexperiencia o la falta de competencia. Ambas cuestiones han quedado definitivamente superadas tras la reforma estatutaria acontecida ya hace diez años en Andalucía, y especialmente tras la aprobación del EBEP, y solo queda el reto de abordar este objetivo con serenidad, reflexión y la suficiente visión de futuro.

Esos retos que el propio EBEP recoge quedan pendientes para su concreción de una actitud activa del legislador autonómico que vaya configurando un modelo de empleo público que, a su vez, sea también flexible y abierto en su diseño con el fin de no hipotecar las políticas de recursos humanos que otras administraciones, ya sean locales o universitarias, quieran poner en marcha. Quien se escude en que la todavía situación económica que existe aconseja no poner en marcha un proceso de reformas tal vez ignore que es precisamente en épocas de crisis económica o de desaceleración cuando realmente las administraciones públicas más necesitan adaptarse a las necesidades del momento y abordar profundos procesos de reforma. Y nótese que no hemos hecho prácticamente nada.

La situación ahora, y tras la aprobación del EBEP y de las distintas reformas estatutarias, parece de nuevo ser singularmente distinta. Y es que una cuestión de especial trascendencia es la que se refiere a la aplicación del EBEP y la normativa de desarrollo autonómica a otras Administraciones públicas en el territorio de la Comunidad Autónoma y, más específicamente, en lo que se refiere a la Administración local y al personal de administración y servicios de las Universidades que, en este sentido, se encuentra en una situación similar¹⁹.

V. LAS DISPOSICIONES EN MATERIA DE EMPLEO PÚBLICO CONTENIDAS EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ANDALUCÍA Y LA INCIDENCIA EN ÉSTAS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

Como ya se ha apuntado someramente con anterioridad, un nuevo contexto de reformas territoriales ha orientado de forma definitiva la asunción competencial sobre este bloque normativo que, parece lógico, no podía ser ajeno al nuevo marco autonómico que tanto en lo que se refiere a las Comunidades Autónomas como a las Administraciones Locales se abre en esta etapa de reformas²⁰, pero también, y es pre-

¹⁹ En efecto, el artículo 73.3 de la Ley Orgánica de Universidades remite a esta Ley y sus disposiciones de desarrollo, en primer término, la regulación del personal de administración y servicios de las Universidades, pero, en segundo término, establece de aplicación a éstos a la legislación de función pública. Por último, y este no es un dato menor, remite a los Estatutos de las Universidades como no podía ser de otra forma dado el principio de autonomía universitaria recogido constitucionalmente.

²⁰ Junto a la bibliografía que se cita en el texto puede consultarse, además y entre otros, los siguientes trabajos: ALBERTÍ ROVIRA, Enoch: "El blindaje de las competencias y la reforma estatutaria" Revista catalana de Dret Públic n° 31 2005; BIGLINO CAMPOS, Paloma: "Reforma de los Estatutos de Autonomía y distribución de competencias" Revista Jurídica de Castilla y León. Número Extraordinario: La Reforma de los Estatutos de Autonomía. 2004; CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco: "Las necesidades de reforma constitucional y estatutaria del Estado autonómico" En Reformas territoriales: jornadas de Sigüenza Ed. Pablo Iglesias 2006; CANTERO MARTÍNEZ, Josefa; CANTOS CANTOS, José María; CASTELLS ARTECHE, José Manuel; CORRETJA TORRENS, Mercè; GARCÍA ROCA, Javier; GARRIDO CUENCA, Nuria; MUÑOZ MACHADO, Santiago; PAREJO ALFONSO, Luciano: "La reforma del estado autonómico" Centro de Estudios políticos y constitucionales 2005; CASCAJO CASTRO, José Luis: "Sobre la Reforma de los Estatutos de Autonomía: anotaciones de un oyente" Revista Jurídica de Castilla y León. Número Extraordinario: La Reforma de los Estatutos de Autonomía. 2004; CONTRE-RAS CASADO, Manuel: "Reforma estatutaria y Estado autonómico: en construcción (entre la necesidad y la oportunidad) En De la reforma estatutaria, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza, 2006; DOMÍNGUEZ GARCÍA, Fernando: "Los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas: una aproximación a los principales debates doctrinales" Revista Catalana de Dret Públic n° 31 2005; EMBID IRUJO, Antonio: "¿Reforma de Constitución y de Estatutos de Autonomía? Aportaciones a un debate de actualidad". Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo n° 22 2004; FERRET JAQUES, Joaquim: "Estatutos de Autonomía: función constitucional y límites materiales" Revista catalana de Dret Públic n° 31 2005; SOLOZÁBAL ECHABARRÍA, Juan José: "Sobre las Reformas Estatutarias y la propuesta del Parlamento catalán" Revista Jurídica de Castilla y León. Número Ex-

ciso subrayarlo, a una nueva consideración, a mi juicio más respetuosa con el marco constitucional, de lo que debe significar la legislación básica en esta materia, más adecuada a la evolución del empleo público en nuestro país, a la propia organización de éste, y a las propias tendencias, perfectamente identificadas en otros marcos regulatorios europeos, de profundizar en la descentralización de la toma de decisiones en esta materia.

Y es desde este punto de vista desde donde puede mantenerse que, al menos a mi juicio, el Estatuto Básico del Empleado Público, como una de las primeras normas básicas dictadas tras la primera oleada de reformas estatutarias, responde a este esquema, que ciertamente, se quiera o no y como hemos aludido más atrás, es un esquema que reinterpreta el alcance de la legislación básica en esta materia que, hasta este momento, había tenido como punto de referencia una visión de lo básico excesivamente amplia y excesivamente anclada en la legislación de función pública estatal hasta esos momentos vigente. Lógicamente, es en este preciso instante, a menos que intereses espurios o desidia ante la problemas nos impidan ver que el mantenimiento de la competitividad alcanzada en estos últimos años exige abordar una reforma de la Administración y del empleo público. Ahora, y con suficiente distancia, es preciso decidir lo que se debe y conviene realizar.

1. El alcance de las previsiones contenidas en los Estatutos de Autonomía de “segunda generación”: especial referencia al Estatuto de Autonomía de Andalucía y Cataluña y sus diferencias²¹.

Ciertamente, y aunque el Informe de la Comisión al que ya se ha hecho referencia, se elaboró mientras se debatían las reformas de algunos Estatutos de Autonomía, y muy en particular el de Cataluña, sus conclusiones no pueden considerarse el resultado del debate acontecido en torno a éste. No es que las reformas territoriales en marcha no tuvieran su influencia, sino que más bien creo que se puede hablar de una influencia con un carril de doble dirección. Así si las propuestas de debate en dicha reforma aconsejaban unas propuestas de contenido básico que permitiesen definir políticas propias a las distintas Administraciones territoriales, no parece menos cierto que las conclusiones del Informe de la Comisión pudieran haber tenido

traordinario: La Reforma de los Estatutos de Autonomía. 2004; TRUJILLO, Gumersindo: "Escritos sobre estructura territorial del Estado" Secretaría General del Senado. Dirección de Estudios y Documentación. Departamento de Publicaciones 2006; VICIANO PASTOR, Roberto: "Constitución y reforma de los Estatutos de Autonomía" Tirant lo Blanch 2005.

²¹ En extenso pueden verse mis trabajos: Competencias en materia de función pública: (Comentario al art. 76.1 y 2) *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía* (coord. por Santiago Muñoz Machado, Manuel Rebollo Puig), 2008, págs. 733-761 y L'Estatut bàsic de l'empleat públic: les competències autonòmiques, *Revista Catalana de Dret Públic*, nº 45, 2012

alguna influencia en la redacción definitiva del precepto del Estatuto de Cataluña que establece las competencias de la Generalitat, exclusivas y compartidas, en materia de función pública y sobre el régimen del personal (artículo 136), sobre todo si comparamos dicho precepto con el que fue remitido en su día a las Cortes Generales desde el Parlamento de Cataluña.

Pero también es preciso subrayar, desde este momento, que el Estatuto Básico del Empleado Público, asentado en las consideraciones de la citada Comisión de Expertos, no parece que sea incompatible con las reformas estatutarias acontecidas y mucho menos tras la sentencia del tribunal constitucional dictada a propósito del Estatuto de Cataluña. Su extensión definitiva -un centenar de artículos y varias disposiciones transitorias, finales adicionales y derogatorias- no debe ocultar que dicha Ley se limita a regular, en muchos aspectos mediante normas de remisión meramente directivas, los principios ordenadores del empleo público, la adquisición y pérdida de la condición de empleado público, las situaciones administrativas y los derechos y deberes del personal al servicio de las Administraciones Públicas, incluido el régimen disciplinario, competencias éstas que la mayoría de los Estatutos aprobado reconocen como de titularidad compartida con el Estado²², como no podía ser menos en virtud del artículo 149.1.18^a de la Constitución.

De esta forma, y conforme a lo ya apuntado, la mayoría de las reformas estatutarias distinguen con distinto alcance, y no siempre con el suficiente acierto, entre

²² Bien es cierto que, en el caso de Cataluña, no se hace mención alguna al régimen disciplinario o a la carrera profesional de los empleados públicos como competencia compartida a pesar de ser ésta una materia que el propio Tribunal Constitucional había fijado como de contenido básico (STC 235/1991, de 12 de diciembre y STC 1/2003). En el mismo sentido lo apuntó MORCILLO MORENO, J. "Administración Pública y Régimen Jurídico de la Comunidad Autónoma" en AAVV, *Reformas Estatutarias y Distribución de Competencias*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007 pag. 199 quien, asimismo, señalaba que, desde su punto de vista, las previsiones estatutarias de Cataluña rozan la inconstitucionalidad. Respecto del alcance de las competencias autonómicas en esta concreta materia puede consultarse AGUADO I CUDOLÁ, V., "El régimen disciplinario en el Estatuto Básico del Empleado Público: los espacios abiertos a las Comunidades Autónomas y Entes Locales", en las Actas del III Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, publicadas por el Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que como establece la STC 31/2010, "es patente que el art. 136 b) EAC, al formalizar la competencia autonómica como compartida, presupone la plena virtualidad de la competencia normativa básica del Estado (art. 149.1.18 CE); sin que la omisión en la relación no exhaustiva que efectúa de algún aspecto esencial del régimen estatutario de los funcionarios públicos, como son la carrera administrativa y el régimen disciplinario, limite en el precepto enjuiciado la plena efectividad de la competencia estatal, pues obvio es que la carrera administrativa puede ser incluida, como ocurre con el régimen retributivo (que tampoco se cita en el precepto estatutario impugnado), entre los "derechos" de los funcionarios, mientras que el régimen disciplinario guarda relación con los "deberes" de los mismos, derechos y deberes que, efectivamente, están incluidos en la controvertida letra b).

competencias exclusivas y compartidas en esta materia²³. Lo que exige, siquiera sea brevemente, una reflexión sobre esta distinción que no aparece con la misma claridad, aunque deba ser sobreentendida, en todos los Estatutos.

Desde este punto de vista, comencemos por señalar que en materia de empleo público no hay un modelo uniforme en la forma y manera a que se hace alusión en los textos estatutarios aprobados a la asunción de las competencias en materia de empleo público, aunque al final forzosamente haya que preguntarse si, sin perjuicio de que exista una dicción diferente en los textos estatutarios, el alcance de las competencias autonómicas puede resultar realmente distinto.

De esta forma, si en la mayoría de los Estatutos aprobados²⁴, con mayor o menor acierto en su redacción, se sigue una fórmula, establecida con una cláusula de carácter general, de considerar el empleo público sólo como una competencia compartida, en los Estatutos de Cataluña y Andalucía se opta por distinguir en esta materia entre competencias exclusivas y compartidas y constituyen, de forma clara, un punto aparte en la forma y alcance en que se asumen las competencias en materia de empleo público.

²³ En cualquier caso, es conveniente subrayar que, de acuerdo con la STC de..., “el Estatuto puede atribuir una competencia legislativa sobre determinada materia, pero qué haya de entenderse por “competencia” y qué potestades comprenda la legislativa frente a la competencia de ejecución son presupuestos de la definición misma del sistema en el que el Ordenamiento consiste y, por tanto, reservados a la Norma primera que lo constituye. No es otro, al cabo, el sentido profundo de la diferencia entre el poder constituyente y el constituido ya advertido en la STC 76/1983, de 5 de agosto. La descentralización del Ordenamiento encuentra un límite de principio en la necesidad de que las competencias cuya titularidad corresponde al Estado central, que pueden no ser finalmente las mismas en relación con cada una de las Comunidades Autónomas —en razón de las distintas atribuciones competenciales verificadas en los diferentes Estatutos de Autonomía—, consistan en facultades idénticas y se proyecten sobre las mismas realidades materiales allí donde efectivamente correspondan al Estado si no se quiere que éste termine reducido a la impotencia ante la necesidad de arbitrar respecto de cada Comunidad Autónoma, no sólo competencias distintas, sino también diversas maneras de ser competente”.

²⁴ En efecto, el artículo 75.13° del Estatuto Aragonés establece que es una competencia compartida el régimen estatutario de los funcionarios de la Comunidad Autónoma de Aragón y de su Administración Local y las especialidades del personal laboral derivadas de la organización administrativa y la formación de este personal.). En el caso de Baleares el artículo 31.3 establece como una competencia de desarrollo legislativo y de ejecución, en el marco de la legislación básica estatal, el Estatuto de los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma y de la administración local. Aun más parco es el Estatuto de Valencia y de esta forma su artículo 50.1 establece que le corresponde el desarrollo legislativo y la ejecución, en el marco de la legislación básica, del régimen estatutario de sus funcionarios. Para el Estatuto Canario corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia compartida en las siguientes materias :a) El régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias y régimen estatutario de sus funcionarios y personal estatutario, así como de su personal laboral (artículo 49.2). Por su parte, el Estatuto Castellano-manchego, en su artículo 45, se refiere exclusivamente a su personal en el marco de la legislación básica del Estado.

En efecto, con una dicción que comienza siendo similar pero que finalmente no es idéntica al artículo 136 del Estatuto de Cataluña, y debe decirse que mucho más respetuosa a la distribución de competencias en esta materia entre el Estado y la Comunidad Autónoma, el artículo 76 del EAA establece que corresponde a la Junta de Andalucía, en materia de función pública, respetando el principio de autonomía local²⁵:

“a) La competencia exclusiva sobre la planificación, organización general, la formación y la acción social de su función pública en todos los sectores materiales de prestación de los servicios públicos de la Comunidad Autónoma.

b) La competencia compartida sobre el régimen estatutario del personal al servicio de las Administraciones andaluzas.

c) La competencia exclusiva, en materia de personal laboral, sobre la adaptación a las necesidades derivadas de la organización administrativa y sobre la formación de este personal”²⁶.

²⁵ Dicho artículo fue objeto de impugnación en sus apartados a) y b) argumentando la no alusión al régimen disciplinario y la carrera profesional y por su conexión con el artículo 111, aunque para el Tribunal Constitucional, en su sentencia 31/2010 “El art. 111 EAC no se ajusta, por tanto, al cometido de la sistematización de las categorías del régimen constitucional de distribución de competencias que, según tenemos repetido, puede desempeñar, sino que, elevando a regla esencial una sola de las variables admitidas por este Tribunal en la definición del concepto de las bases estatales, termina por definir el ámbito competencial del Estado. Si las bases son “principios” o “normación mínima” no es asunto a dilucidar en un Estatuto, sino sólo en la Constitución, vale decir: en la doctrina de este Tribunal que la interpreta. Ello es así, ante todo, por razones de concepto. Pero, además, por razones de orden estructural y práctico. De un lado, porque el concepto, el contenido y el alcance de las bases no pueden ser, como regla general, distintos para cada Comunidad Autónoma, pues en otro caso el Estado tendría que dictar uno u otro tipo de bases en función de lo dispuesto en cada Estatuto de Autonomía. De otro, porque, siendo mudables las bases (STC 1/2003, de 16 de enero), también lo es, en correspondencia inevitable, el ámbito disponible por la legislación de desarrollo, de manera que la rigidez procedimental de un Estatuto lo convierte en norma inapropiada para determinar con detalle el alcance de las potestades inherentes a esa legislación. Como consecuencia de lo anterior, es inconstitucional, y por tanto nulo, el inciso “como principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto”. Con su supresión, el art. 111 EAC se limita a describir correctamente las facultades comprendidas en la competencia de desarrollo de unas bases estatales cuyo contenido y alcance serán siempre, y sólo, las que se desprenden de la Constitución interpretada por este Tribunal”.

Entendido, de esa manera, a juicio del Tribunal Constitucional no se produce problema alguno en su conexión con el artículo 136.

²⁶ El artículo 136 del Estatuto de Autonomía de Cataluña establece que corresponde a la Generalidad:

“a) La competencia exclusiva sobre el régimen estatutario del personal al servicio de las Administraciones públicas catalanas y sobre la ordenación y la organización de la función pública, salvo lo dispuesto en la letra b).

b) La competencia compartida para el desarrollo de los principios ordenadores del empleo público, sobre la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, las situaciones administrativas y los derechos, deberes e incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas.

c) La competencia exclusiva, en materia de personal laboral, para la adaptación de la relación de puestos de trabajo a las necesidades derivadas de la organización administrativa y sobre la formación de este personal”.

Por su parte el artículo 136 EAA se refiere al necesario contenido de éste estableciendo que *“La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos de la Administración de la Junta de Andalucía, el acceso al empleo público de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, y establecerá un órgano administrativo de la función pública resolutorio de los recursos que se interpongan sobre esta materia”*²⁷.

Como puede verse y refiriéndonos ahora a las competencias de la Comunidad Autónoma, bien que respetando el principio de autonomía local, la competencia exclusiva con referencia al marco que establece el artículo 149.1.18 CE es referida al personal al servicio de su función pública, a diferencia del Estatuto de Cataluña que se refiere a las Administraciones públicas catalanas²⁸, sin perjuicio de lo establecido sobre legislación compartida en el siguiente apartado que ya si se refiere al conjunto de las Administraciones públicas de Andalucía.

Es de recordar, en cuanto al termino exclusividad, que la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, en una sentencia de las denominadas interpretativas, argumentó refiriéndose al Estatuto de Cataluña, que *“los Estatutos son las normas constitucionalmente habilitadas para la asignación de competencias a las respectivas Comunidades Autónomas en el marco de la Constitución. Lo que supone, no sólo que no puedan atribuir otras competencias que no sean las que la Constitución permite que sean objeto de atribu-*

²⁷ Al igual que los preceptos anteriores, el texto del art. 136 EAA, referido al empleo público, tiene su origen ya en los primeros documentos de gestación de la reforma estatutaria. Así, en el primer informe de la Ponencia para la reforma del Estatuto de Autonomía, de junio de 2005, se plasma el acuerdo de los grupos políticos para incluir una referencia a la función pública del siguiente tenor: «La ley de la función pública andaluza regulará el acceso a la misma con arreglo a los principios de mérito y capacidad, así como el estatuto de los funcionarios al servicio de la Administración andaluza». Y en el posterior informe definitivo de la Ponencia, de enero de 2006, aprobado ya por mayoría, se añadió el mandato para establecer «un tribunal administrativo de la función pública resolutorio de los recursos que se interpongan sobre esta materia», texto que sería ya casi definitivo pues solo en la tramitación se sustituyó el término “tribunal” por “órgano”

²⁸ El Estatuto de Cataluña pretendía un blindaje competencial frente a las intromisiones estatales a las competencias propias, y para ello se creaba ex novo un sistema rígido de delimitación y atribución de competencias basado en: a) la definición del alcance de las funciones normativas y ejecutivas que corresponde a la Generalitat –y por exclusión al Estado- para cada tipo de competencia; b) la especificación de las materias y submaterias que “en todo caso” corresponderían a la Generalitat; y c) la previsión de fórmulas de colaboración de la Generalitat con el Estado en asuntos propios de este en que resultan implicadas competencias e intereses de la Comunidad Autónoma.

La sentencia 31/2010, de entrada, da un valor descriptivo a la enumeración de las funciones que integran las competencias, reservándose para sí mismo, en tanto que Supremo intérprete de la Constitución, un papel decisivo a la hora de definir las, por tratarse a juicio de la sentencia, de una función propiamente constitucional (FJ 58). A continuación, efectúa una interpretación conforme a la Constitución tanto de lo establecido respecto a las competencias exclusivas de la Generalitat (art. 110), como respecto a las ejecutivas (art. 112). A estos efectos, y respecto del alcance del artículo 110, dirá que “...el sentido del precepto se compadece sin dificultad con el art. 149.3 CE, cuyas cláusulas de prevalencia y supletoriedad no se ven menoscabadas por la norma en cuestión.

ción estatutaria, sino, ante todo, que la competencia en sí sólo pueda implicar las potestades que la Constitución determine. El Estatuto puede atribuir una competencia legislativa sobre determinada materia, pero qué haya de entenderse por “competencia” y qué potestades comprenda la legislativa frente a la competencia de ejecución son presupuestos de la definición misma del sistema en el que el Ordenamiento consiste y, por tanto, reservados a la Norma primera que lo constituye”.

De esta forma, en el caso andaluz y a diferencia del Estatuto de Cataluña, se preserva la competencia estatal de carácter básico referida a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, las situaciones administrativas y los derechos, deberes e incompatibilidades y el resto de materias de competencia estatal.

2. La significación del término competencias exclusivas en materia de empleo público²⁹.

Las reformas estatutarias no han contribuido sin embargo a despejar, me temo, las dudas que ya con anterioridad planteaban las declaraciones de exclusividad y que obligan, por tanto, a interpretar el alcance de éstas conforme a la Constitución (SSTC 69/1982, 20/1988, 56/1990)³⁰.

Si para el Estatuto de Andalucía las competencias exclusivas comprenden la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, íntegramente y sin perjuicio de las competencias atribuidas al Estado en la Constitución³¹, cumpliendo en éstas la legislación estatal una función de supletoriedad (artículo 42.2.1º), el Estatuto de Cataluña no realiza salvedad alguna –aunque así deba ser entendido– y en las mismas corresponde únicamente a la Generalitat el ejercicio de estas potestades y funciones,

²⁹ Téngase en cuenta, como apunta BALAGUER CALLEJON, F., “Competencias Exclusivas” en AAVV, *Reformas Estatutarias y Distribución de Competencias*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007, p. 23, que en los Estatutos conviven dos conceptos de exclusividad: uno que responde a una concepción de plenitud de potestades y facultades sobre una materia, y, por otro lado, el de exclusividad por referencia a la competencia sobre la materia, sea cual sea el tipo de facultades que se pueden desarrollar sobre ella. Y añade (p. 29) que las previsiones autonómicas sobre exclusividad no ha ido acompañada de una precisa delimitación competencial de acuerdo con un concepto de “exclusividad” en sentido estricto por lo que será preciso una interpretación constitucional que defina, en cada caso, el alcance de ésta.

³⁰ Las competencias exclusivas, según establece la STC 31/2010, pierden este carácter ante otras competencias estatales que incidan sobre el ámbito material, aclarando además que “para la proyección de las competencias estatales sobre la materia [no] pueda ser obstáculo el empleo de la expresión “en todo caso” por los preceptos estatutarios”, para referirse a la enumeración de materias y submaterias, pues tienen una virtualidad “descriptiva” (FJ 59). Las competencias ejecutivas no incluyen la potestad reglamentaria con carácter general sino sólo los reglamentos de organización interna y de ordenación funcional de la competencia ejecutiva autonómica”, además de la ejecución propiamente dicha (FJ 61).

³¹ Así también se salva en el Estatuto de Autonomía de Aragón (artículo 35.2) o en el de Canarias (artículo 49).

mediante las cuales puede establecer políticas propias (artículo 110)³². De todas formas, y es preciso insistir en ello, esa competencia declarada como exclusiva no puede sino ser interpretada conforme a la Constitución por lo que, se quiera o no, la misma estará condicionada por los títulos de competencia estatal que habiliten a éste a participar en la tarea de regulación de esta materia ya que, efectivamente, y como indicó de forma oportuna MUÑOZ MACHADO, los Estatutos no son Constitución³³.

Por consiguiente, y refiriéndonos en forma estricta al caso andaluz, la fórmula utilizada en Andalucía, sin perjuicio de que permita establecer políticas propias y especialmente en lo que se refiere a la ejecución de las mismas o a sectores específicos dentro de las materias de competencia compartida, no excluye la competencia estatal y es plenamente compatible con las previsiones contenidas en el Estatuto Básico del Empleado Público en virtud de las cuales el Estado ejerce su competencia en la materia referida y que, como se ha expresado, dejan un amplio campo a la legislación de desarrollo autonómica³⁴. Y también local³⁵.

³² La Sentencia 31/2010, dirá, en definitiva respecto de la cuestión que esa “preferencia” del Derecho autonómico en materia de competencias exclusivas de la Generalitat no impide la aplicación del Derecho del Estado emanado en virtud de sus competencias concurrentes y, por tanto, “En definitiva, el art. 110 EAC no es contrario a la Constitución en tanto que aplicable a supuestos de competencia material plena de la Comunidad Autónoma y en cuanto no impide el ejercicio de las competencias exclusivas del Estado ex art. 149.1 CE, sea cuando éstas concurren con las autonómicas sobre el mismo espacio físico u objeto jurídico, sea cuando se trate de materias de competencia compartida, cualquiera que sea la utilización de los términos “competencia exclusiva” o “competencias exclusivas” en los restantes preceptos del Estatuto, sin que tampoco la expresión “en todo caso”, reiterada en el Estatuto respecto de ámbitos competenciales autonómicos, tenga otra virtualidad que la meramente descriptiva ni impida, por sí sola, el pleno y efectivo ejercicio de las competencias estatales”.

³³ MUÑOZ MACHADO, S., “El mito del Estatuto-Constitución y las reformas estatutarias” *Informe Comunidades Autónomas 2004*, Instituto de Derecho Público 2005, pág.731.

³⁴ Puede verse, a título de ejemplo, el listado que presenta ORTEGA ALVAREZ, L., en su trabajo “La extensión de las normas básicas en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público” en las Actas del III Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, publicadas por el Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009, pág. 244 y ss. Asimismo, es de reseñar ALDOMÀ BUIXADÉ, JOSEP; ARROYO YANES, LUIS MIGUEL; BOLTAINA BOSCH, XAVIER; CAMINO PONS JOSEP PERE; FÉREZ FERNÁNDEZ, MANUEL; GALA DURÁN, CAROLINA; JIMÉNEZ ASENSIO, RAFAEL. *El Estatuto básico del empleado público: propuestas de desarrollo legislativo por parte de las comunidades autónomas*. CEMICAL, Barcelona, abril de 2008 que puede consultarse en http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/EBEP_PropuestasDesarrolloLegislativo.pdf

³⁵ De nuevo nos remitimos al trabajo de JIMENEZ ASENSIO, R. y CASTILLO BLANCO, F.A., *Informe sobre el Empleo Público Local....*, op. cit.

3. El ejercicio de las competencias compartidas en esta materia.

En cuanto a las competencias compartidas, el Estatuto de Andalucía establece en su artículo 42.2.2º que éstas comprenden la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, en el marco de las bases que fije el Estado en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución, añadiendo que en el ejercicio de estas competencias, la Comunidad Autónoma puede establecer políticas propias³⁶.

Nótese, sin embargo, respecto de éstas que el elemento principal recogido, y que creo es el verdadero sentido de las reformas sobre todo en lo que se refiere a la materia que abordamos, es que la existencia de una legislación compartida no puede, según el texto de estos Estatutos, anular la posibilidad de una política propia y singular respecto de cada uno de los bloques normativos de competencia compartida. Lo que, desde luego, implica una concepción materialmente distinta del papel de la legislación básica que, por ello, habrá de operar, ahora si, como un mínimo común denominador y con una función netamente directiva en cuanto a dar cumplimiento a los principios y valores constitucionales que inspiran una determinada materia, pero cuyo ejercicio en ningún caso puede ser excluyente de la definición que de la citada materia se realice en el ámbito autonómico³⁷. Cuestión a la que desde luego responde,

³⁶ Muchas más dudas suscita el Estatuto de Cataluña. De esta forma, el Estatuto de Cataluña establece que en las materias que el Estatuto atribuye la competencia a la Generalitat de forma compartida con el Estado, corresponden a la Generalitat la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, en el marco de las bases que fije el Estado como principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto (artículo 111), añadiendo que en el ejercicio de estas competencias, la Generalitat puede establecer políticas propias, y que en estos supuestos el Parlamento debe desarrollar y concretar mediante una ley esas previsiones básicas. De esta forma, la STC 31/2010 “el precepto no se atiene estrictamente al concepto constitucional de las bases estatales, toda vez que las reduce a los “principios o mínimo común normativo” fijados por el Estado “en normas con rango de ley”, cuando es lo cierto que, conforme a nuestra jurisprudencia, siendo aquél el contenido que mejor se acomoda a la función estructural y homogeneizadora de las bases y ésta la forma normativa que, por razones de estabilidad y certeza, le resulta más adecuada (por todas, STC 69/1988, de 19 de abril), no lo es menos que también es posible predicar el carácter básico de normas reglamentarias y de actos de ejecución del Estado (STC 235/1999, de 16 de diciembre), y son factibles en las bases un alcance diferente en función del subsector de la materia sobre la que se proyecten e incluso sobre el territorio (SSTC 50/1990, de 6 de abril y 147/1991, de 4 de julio, respectivamente).

³⁷ Cuestión aparte es, desde luego, la reformulación del papel que ha de desempeñar la legislación básica respecto del ejercicio competencial autonómico y donde la tramitación del Estatuto de Autonomía de Cataluña ha reflejado la reconducción del entendimiento de éstas como simple normas directivas, sin ninguna función adicional, a una comprensión de las mismas más cercana, sin perjuicio de la crítica que merezca la abusiva utilización de las bases realizada hasta el momento en algunos sectores, a lo que hasta este momento era entendido como legislación básica. Es muy oportuna la lectura, en este punto, de ORTEGA ALVAREZ, L., “Competencias Compartidas: Bases-Desarrollo” en AAVV, *Reformas Estatutarias y Distribución de Competencias*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007, pp 43 a 50

como hemos expuesto, el Estatuto Básico del Empleado Público que, sin perjuicio de definir contenidos mínimos, es una norma que deja abierta una amplia gama de posibilidades para la estructuración de la función pública autonómica, sin renunciar por ello a esa función directiva de las reformas que se pretenden emprender en el empleo público.

La diferencia neta entre el texto catalán y el andaluz (igualmente respecto del de Aragón) es la previsión establecida en el texto catalán en que se indica cómo se han de hacer las bases lo que no parece ser función del estatuyente sino del constituyente (con carácter principal, normativo o directivo), bien es cierto que, no está de más reiterarlo, aunque dicho precepto podría admitir su interpretación conforme a la Constitución, según ha expuesto algún sector doctrinal³⁸, no parece que esa haya sido la interpretación que la STC 31/2010 ha dado a este precepto que, como se sabe, fue en su momento anulado³⁹.

En cualquier caso, conviene subrayar, como ha destacado ORTEGA ALVAREZ, que las previsiones estatutarias contenidas sobre el alcance del significado de lo que significa una competencia compartida, y por consiguiente, hasta donde alcanza lo que puede ser considerado como básico, no sería aplicable a la doctrina constitucional construida sobre criterios interpretativos que sólo han tenido en cuenta el dictado de la Constitución y no la legislación vigente en ese momento⁴⁰.

³⁸ Es decir, cabe como se ha apuntado por algún sector doctrinal mantener que estamos ante una norma programática, que pretende trasladar al Estatuto la propia doctrina asentada por el Tribunal Constitucional y que, por ello, puede resultar innecesaria (juicio de oportunidad) pero no inconstitucional. Véase MONTILLA MARTOS, J.A., “La legislación básica...”, op. cit., pág.124

³⁹ En relación con las competencias compartidas, el Tribunal Constitucional, en su STC 31/2010, declara inconstitucional el inciso relativo a los aspectos que debe considerar básicos y al rango normativo que han de tener las bases estatales: esto es, entendidas “como principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley...” (art. 111). Para la sentencia dicho inciso “termina por definir el ámbito competencial del Estado”. Asimismo la inserción de una cláusula como la citada en el Estatuto introduce una “rigidez procedimental” a lo que es un criterio jurisprudencial que el Tribunal no ha de poder modular en cada caso, pues es a dicho órgano a quien corresponde concretar en exclusiva el alcance de las bases estatales, a partir de la Constitución (FJ 60). A la vista de lo indicado, el Tribunal sigue sustancialmente la doctrina que había elaborado con anterioridad en relación con los diferentes tipos de competencias, sin perjuicio de dejar claro el papel revisor que a éste corresponde.

⁴⁰ ORTEGA ALVAREZ, L., “Competencias Compartidas: op. cit., p. 39. Asimismo, y con una opinión distinta a MONTILLA MARTOS, este autor entiende que la previsión estatutaria contenida en el artículo 111 del Estatuto de Autonomía para Cataluña “modifica los efectos de toda la actual legislación básica del Estado, ya que sólo vinculan al legislador en cuanto principios, objetivos o estándares mínimos” en ORTEGA, L., SOLOZABAL, J.J., ARBOS, X., op. cit. Pág. 23.

V. ¿ES PRECISA UNA LEY DE EMPLEO PÚBLICO PARA TODAS LAS ADMINISTRACIONES DE UNA COMUNIDAD AUTÓNOMA? .

Como es conocido, y ya se ha hecho alguna referencia, la legislación de empleo público de las Comunidades Autónomas no tenía porqué incidir exclusivamente en su propio personal. Efectivamente, MORELL OCAÑA ya señaló con anterioridad a estas reformas estatutarias, refiriéndose al título competencial estatal, que "*es este último título habilitante de mayor extensión constituyendo una de sus manifestaciones específicas lo relativo al régimen básico de los funcionarios de las Administraciones Locales*"⁴¹. Conclusión que, por tanto, conlleva también su desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas respecto de los funcionarios de estas Administraciones, no solo que también en la medida en que la mayoría de las mismas han asumido competencias específicas y de desarrollo en materia de régimen local, sino más decisivo aún por las propias competencias en materia de desarrollo legislativo de las bases estatales en materia de función pública que tienen éstas.

Lo cierto y hasta ahora, sin embargo, es que un simple repaso de la legislación de las Comunidades Autónomas mostraba que dicho aspecto no era uniforme y así, junto a normas autonómicas como la dictada en su momento en Castilla-La Mancha u otras que declaraban su aplicabilidad al personal al servicio de las entidades locales de su territorio, en otros supuestos como el caso de Andalucía, aún no actualizada ni adaptada a las previsiones de la nueva legislación básica estatal, la ambigüedad de la normativa planteaba, y sigue planteando todo hay que decirlo, serias dudas sobre si resulta de aplicación al personal al servicio de los Gobiernos locales de su territorio⁴².

⁴¹ L. MORELL OCAÑA, "Las fuentes del Derecho Local. Problemas generales. Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas", *REALA*, n° 235-236, año 1.987, pág. 524.

⁴² Efectivamente, y para el caso andaluz, la legislación aplicable es la establecida en el ordenamiento jurídico estatal y no en el autonómico ya que ésta no ha hecho uso de esa capacidad normativa de desarrollo de las bases establecidas por el Estado en el caso de los funcionarios locales a la que aludíamos anteriormente. En efecto, la propia Ley de Función Pública de Andalucía, amén de no incluir a los funcionarios locales en su ámbito de aplicación (artículos 1 y 3), remite expresamente (disposición adicional primera) la regulación de los funcionarios locales al servicio de las Corporaciones locales de Andalucía a una futura Ley, que no fue dictada, en la que se establezcan las disposiciones y competencias que se aplican respecto de los mismos, salvo en el caso de los funcionarios locales integrados en la función pública autonómica en que sí será de aplicación las disposiciones de dicha Ley (artículo 18) o cuando pasen a desempeñar puestos de trabajo en dicha Administración y mientras permanezcan en la misma (artículo 25.4.a); casos, estos últimos, que no se corresponden con el supuesto presente que ocupan puestos de trabajo en una organismo autónomo local y no se han integrado, por tanto, en la función pública de la Junta de Andalucía.

Por tanto, puede concluirse que excluidos de la aplicación de dicha Ley (disposición adicional primera) la legislación aplicable a éstos será la estatal de desarrollo de las bases establecidas por éste y aplicables a toda la función pública como legislación supletoria y de cierre del sistema legal según las disposiciones constitucionales y legales (art. 149.3 CE, 90.2 y 92.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril).

Sin embargo, y a mi juicio, la situación ahora, y tras la aprobación del EBEP y de las distintas reformas estatutarias, parece de nuevo ser singularmente distinta. Y es que una cuestión de especial trascendencia es la que se refiere a la aplicación del EBEP y la normativa de desarrollo autonómica a otras Administraciones públicas en el territorio de la Comunidad Autónoma y, más específicamente, en lo que se refiere a la Administración local y al personal de administración y servicios de las Universidades que, en este sentido, se encuentra en una situación similar⁴³.

Desde luego, no parece que pueda ponerse en duda la trascendencia que ello tiene respecto de la Administración local. Y no sólo por el número e importancia de éstas -su personal constituye ya aproximadamente la cuarta parte del total de los empleados públicos del país-, sino porque al carecer de potestad legislativa, las leyes de función pública local se aprueban por el Estado o las Comunidades Autónomas y, ciertamente, no siempre han tenido como referencia las características singulares que concurren en empleo público en el ámbito local⁴⁴.

Una nueva norma en materia de empleo público no parece que debiera dictarse sin atender específicamente las problemáticas singulares de estos colectivos y, más allá de ello, ser dictada con la intención de dar respuesta a diversos puntos, a saber: de un lado, delimitar aquellos aspectos que deben ser comunes al personal de las Administraciones públicas en el ámbito autonómico correspondiente y, por tanto, posibilitar un cierto equilibrio, que no necesariamente uniformidad, entre los distintos colectivos en relación a las condiciones de trabajo, en términos de equidad externa e interna, con independencia de su adscripción a una u otra Administración pública; de otro, y en forma complementaria al anterior, determinar en qué aspectos la norma autonómica ha de asumir un papel meramente directivo dejando a estas Administraciones la posibilidad de optar entre diversas soluciones o, simplemente, establecer su propio sistema en el marco de la norma autonómica haciendo efectivo

⁴³ En efecto, el artículo 73.3 de la Ley Orgánica de Universidades remite a esta Ley y sus disposiciones de desarrollo, en primer término, la regulación del personal de administración y servicios de las Universidades, pero, en segundo término, establece de aplicación a éstos a la legislación de función pública. Por último, y este no es un dato menor, remite a los Estatutos de las Universidades como no podía ser de otra forma dado el principio de autonomía universitaria recogido constitucionalmente.

⁴⁴ De ahí que el Informe de la Comisión al que ya se ha hecho referencia recomendará que las peculiaridades del empleo público en la Administración local se tuvieran en cuenta en la elaboración del Estatuto Básico; ciertamente, aplicando en este ámbito el mismo régimen de garantías de cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso y de imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas y reconociendo los mismos derechos y deberes básicos a los empleados públicos locales que a los demás, pero contemplando también caso por caso problemas específicos.

Como indica SANCHEZ MORON, M., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico...*, op. cit, pág. 69 “En realidad, el legislador ha atendido estas recomendaciones sólo en parte, pues muy pocos de los preceptos del EBEP introducen normas especiales para la Administración local. Apenas algunas en materia de negociación colectiva y la Disposición adicional segunda”.

el principio de autonomía universitaria y local⁴⁵; también, y a mi juicio de forma no menos relevante, será el tratamiento que esta norma haya de dar a la solución de problemas seculares en el ámbito de esas burocracias públicas a través de la articulación de instrumentos de cooperación y coordinación que sean efectivos y permitan superar problemas derivados de una insuficiente capacidad de gestión de los distintos subsistemas del empleo público; ofrecer respuestas a los tránsitos de personal entre las distintas Administraciones públicas y de éstas con entes descentralizados y respecto de agrupaciones de entes públicos; por último, y asimismo, dicha norma estará llamada a establecer y desarrollar, también de forma equilibrada, un sistema de movilidad interadministrativa en el marco del empleo público autonómico.

1. Las materias de desarrollo legislativo por parte de la Comunidades Autónomas.

Producto de la técnica legislativa adoptada por el EBEP, y que se aparta a mi juicio correctamente por lo que de clarificador tiene, de incluir en un solo texto legal la legislación básica y la legislación de desarrollo del Estado con lo que queda perfectamente definido su papel de legislador ordinario y de legislador de las bases aplicables a todas las Administraciones públicas, son las referencias que se contienen a la legislación de desarrollo en el mismo.

De esta forma, y en lo que se refiere a los funcionarios públicos de la AGE, la legislación de desarrollo habrá de ser aprobada por las Cortes Generales en caso de que revistan forma de ley y por los órganos que tienen atribuida la potestad reglamentaria cuando se trate de este supuesto. Asimismo, y en el caso de las Comunidades Autónomas, y atendiendo a las competencias asumidas en el EBEP y en sus respectivos Estatutos de Autonomía (doble criterio de deferencia), se reproduce el mismo esquema en el ámbito autonómico (artículo 6 EBEP)⁴⁶. Las Entidades locales,

⁴⁵ A este punto se ha referido SANCHEZ MORON *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico...*, op. cit. pág. 70 precisando como el EBEP también abre un espacio normativo a las entidades locales. En opinión de dicho autor *“Ahora bien, la legislación de las Comunidades Autónomas, como la del Estado, debe respetar en todo caso la autonomía local. Sucede, sin embargo, que éste es un límite impreciso (SSTC 31/1981, 27/1987, 214/1989, 109/1998, 159/2001, 51/2004, 252/2005, etc.), que el texto del EBEP contribuye muy poco a perfilar o a concretar en materia de función pública. Por consiguiente, en el marco de la legislación básica del Estado sobre función pública local, de la que forma parte el EBEP, se abre un margen importante para que las Comunidades Autónomas con competencia para ello puedan regular el régimen de la función pública local. Y, desde luego, podrán hacerlo siempre que exista una reserva de ley o cuando el propio EBEP se remite a lo que dispongan las leyes de función pública aplicables a cada Comunidad Autónoma y el Estado no establezca nueva legislación básica sobre la función pública local o no mantenga las normas legales vigentes. Por el contrario, en aquellos preceptos en que el EBEP apodera a cada Administración Pública o a los Gobiernos respectivos para desarrollar y aplicar su regulación, puede entenderse, salvo excepción justificada en la propia literalidad del precepto, que confiere una facultad de decisión autónoma también a las Entidades Locales sobre su propio sistema de empleo público”*.

⁴⁶ Aunque ciertamente el artículo 6 EBEP no se refiera a normas reglamentarias y sólo aluda a las leyes sobre función pública.

careciendo de potestad legislativa, sin embargo podrán utilizar su potestad reglamentaria para desarrollar la legislación estatal o autonómica que les sea aplicable.

De esa forma, el EBEP prevé claramente diversas materias en que la legislación de las CCAA cumple un especial papel: de entrada, y ya hemos hecho mención a ello, el sistema de carrera y las retribuciones complementarias de los funcionarios públicos. No obstante, preciso es advertir que algunas de las normas de desarrollo del EBEP en materia de función pública serán el resultado de los acuerdos que se alcancen en la negociación colectiva. Incluso ciertos acuerdos pueden tener una eficacia normativa directa, conforme al artículo 38.3 del EBEP.

Pero no sólo en aquellos aspectos diferidos en su entrada en vigor hasta el dictado de la legislación de desarrollo cumple esta normativa de desarrollo un papel relevante. Múltiples ámbitos ya se trate del personal directivo⁴⁷, del régimen de situaciones administrativas, régimen disciplinario y otros variados aspectos contemplados en el EBEP quedan a la espera de la respectiva norma autonómica. De entrada, y por subrayar algunos de los más relevantes, la nueva legislación autonómica deberá pronunciarse sobre extremos tales como: a) la estructura de su personal, preferentemente laboral o funcional o mixto, que diseña para su modelo de empleo público con los límites establecidos en el artículo 9 EBEP; b) carrera o modelos de carrera –ya que no necesariamente ha de ser uniforme para todo el empleo público- que establece para su sistema de empleo público; c) retribuciones complementarias de los funcionarios públicos que no queda ceñido a los conceptos establecidos en el artículo 24 ni obliga a establecer un único modelo para la totalidad del personal a su servicio; d) establecimiento de un proceso selectivo propio, que respetando lo establecido en el EBEP, podrá incluir fases de reclutamiento, establecimiento de pruebas alternativas, etc. y si se exime o no del requisito de la nacionalidad para acceder a determinados empleos públicos lo que puede resultar especialmente de interés en los Gobiernos locales; e) medidas para la planificación y ordenación del empleo público; f) estructuración en Cuerpos o Escalas o, alternativamente, mediante otros sistemas de agrupación; g) establecimiento de otros sistemas de provisión de puestos de trabajo junto al concurso y la libre designación; h) medidas de movilidad entre las Administraciones públicas de Andalucía; i) desarrollo del sistema de situaciones administrativas, creación de otras situaciones administrativas no previstas en el EBEP, etc.; j) definición de las infracciones graves y leves y si se añaden o no nuevos tipos a las muy graves, estableciendo, asimismo, los elementos fundamentales de procedimiento disciplinario, etc.

⁴⁷ Bien que dicha materia no ha quedado, finalmente, reservada a la Ley lo que no parece una buena opción como ha puesto de relieve SANCHEZ MORON, *M Comentarios a la Ley del Estatuto Básico...*, op. cit, págs. 103 y ss.

Pero, asimismo y como ya se ha apuntado, otras cuestiones han de ser enfrentadas en materia de empleo público local. Cuestiones que tienen que ver con la estructura y organización de las entidades locales, la dirección pública, los funcionarios con habilitación de carácter estatal, etc. que también encuentran en la legislación autonómica su debida inserción, pero, en estos concretos casos, no en la legislación de empleo público sino en la legislación de régimen local dictada que desafortunadamente, y en lo que respecta a Andalucía, no ha sido especialmente afortunada⁴⁸.

Como puede verse con el EBEP se abrió un espacio normativo importante, que desde luego permite la definición de un modelo propio de empleo público y el establecimiento de políticas de empleo en el sector público que atiendan a la organización propia de las Administraciones públicas de cada Comunidad Autónoma, y, en definitiva, que al fin y al cabo es lo que nos deberían en último término importar, que ayuden a resolver los muchos problemas que aquejan a las burocracias de las Administraciones públicas de un grupo importante de Comunidades Autónomas. Lo relevante, creo que es preciso volver a señalarlo, será, junto a que todas estas cuestiones respondan a un modelo concreto de estructuración y funcionamiento del empleo público, que se aminoren los déficits existentes respecto de la capacidad de gestión de los recursos humanos en algunos sectores del empleo público. Y esto implicará necesariamente decidir en cada aspecto concreto y con qué alcance dicha norma será aplicable a otras Administraciones, como se integran los distintos sistemas de empleo público, y en qué medida dicha norma habrá de habilitar un espacio propio de definición de las singularidades atinentes a su propio modelo a éstas.

2. Las competencias en materia de personal laboral.

Tanto el Estatuto de Cataluña en su artículo 136, como el Estatuto de Andalucía en su artículo 76, se refieren al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas. Y en este punto es necesario precisar el alcance de dichas previsiones.

El apartado 3 del artículo 76 del Estatuto de Autonomía para Andalucía se refiere específicamente al personal laboral. En este caso, utilizando también la técnica de la competencia exclusiva bien que, en este supuesto y como no puede ser de otra forma dadas las competencias que en esta materia tiene el Estado ex artículo 149.1.7 CE, referida a dos aspectos concretos y de menor alcance: la adaptación a las necesidades derivadas de la organización administrativa y la formación de este personal. Por su parte, ya lo mencionamos, el Estatuto de Cataluña habla de la competencia exclusiva, en materia de

⁴⁸ Puede verse el estudio que realicé, a propósito de Andalucía, en *El empleo público en la Ley de Autonomía Local de Andalucía, Derecho local de Andalucía : la Ley 5/2010, de 11 de Junio de Autonomía Local de Andalucía / coord. por Encarnación Montoya Martín, Severiano Fernández Ramos; José Luis Rivero Ysern (dir.), 2012, págs.463-508*

personal laboral, para la adaptación de la relación de puestos de trabajo a las necesidades derivadas de la organización administrativa y sobre la formación de este personal.

De nuevo nos encontramos aquí con unas normas de compleja comprensión que no aclaran muy bien que se quiere decir con “*adaptación a las necesidades derivadas de la organización administrativa*” ya que no parece que pueda alcanzar a aspectos normativos de reserva al Estado constitucionalmente o que preceptivamente han de desarrollarse en el marco de la negociación colectiva. De esta forma, la interpretación que haya de darse a dicha previsión más bien parece debe ser referida a aspectos de ejecución derivados de instrumentos organizativos utilizados en la estructuración del empleo público⁴⁹.

Y es que el EBEP como ya se sabe, y con independencia del juicio crítico que nos merezca la regulación finalmente establecida respecto del personal laboral, aúna en su texto dos tipos de regulaciones que se amparan, sin embargo, en dos títulos competencialmente distintos. Por un lado, la legislación básica aplicable a los funcionarios públicos incluidos en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico en virtud del artículo 149.1.18, pero también y en ciertos aspectos, según lo recomendado por la Comisión constituida a tales efectos a la que ya se ha hecho referencia, al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Estas últimas normas a las que nos hemos referido, no debe olvidarse, forman parte *stricto sensus* de la legislación laboral y, por ellos, el título competencial de invocación no es aquí el artículo 149.1.18, sino el artículo 149.1.7, que es precisamente el que se invoca en la Disposición final primera de la Ley precisando que el EBEP se aprueba bajo la cobertura de ese título competencial “*por lo que se refiere a la legislación laboral*”.

El Informe de la Comisión, que partía en su análisis de la dualidad de regímenes jurídicos de empleo público existente en nuestro país, y que, como es sabido, no era contraria al texto constitucional apuntó, y justificó también ha de añadirse, la necesidad de elaborar un Estatuto Básico para todos los empleados públicos, ya se tratase de personal laboral o estatutario. Lo que, por otra parte, tampoco puede calificarse de absoluta novedad y si no repárese en la tendencia creciente, en numerosas normas de rango legal y acuerdos colectivos, de unificar el régimen jurídico aplicable a ambos colectivos, sin hacer, por ello, desaparecer la singularidad de cada relación

⁴⁹ De otro lado, la explicación a la dicción utilizada en el Estatuto de Andalucía quizás pueda residir en que el apartado tiene claramente un antecedente en el apartado tercero del artículo 136 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, si bien éste, con mayor precisión, aclara que dicha adaptación es referida a las relaciones de puestos de trabajo. Y posiblemente en la intención, no declarada, de no transcribir literalmente la letra de dicho Estatuto. Esperemos, sin embargo, que el legislador autonómico llamado a desarrollar el precepto muestre, sin embargo, una mayor imaginación, con respecto al sistema de fuentes constitucionalmente establecido, en este punto.

de empleo público (prevención de riesgos laborales, conciliación de la vida familiar y laboral, incompatibilidades, etc...).

Pero esto no significa que, desde luego, la técnica empleada por el EBEP no deba ser calificada de novedosa y, desde luego, de mayor alcance que la utilizada hasta el momento en la legislación de empleo público⁵⁰, con independencia del éxito del resultado final que, como ya se ha expresado, es más discutible.

Y de esta forma, y a lo largo de su articulado, los preceptos del EBEP desde este punto de vista pueden clasificarse en diversas categorías: una primera, de carácter común cuando se refiere a los empleados públicos en general, y que, por ello, ha de entenderse referida a funcionarios públicos y personal laboral; una segunda, de carácter exclusivo para los funcionarios públicos; y, por último, una última categoría, que establecería normas solamente referidas al personal sujeto al régimen laboral. En cuanto a los preceptos de carácter común cabe referirse de forma principal a los derechos y deberes de los funcionarios públicos, a salvo de la inamovilidad característica de los funcionarios públicos, y que quedan prácticamente unificados si salvamos algunos aspectos, también numerosas normas referidas al acceso reciben igual tratamiento, como lo relativo al régimen disciplinario y otros aspectos referidos a la negociación, la ordenación de la actividad profesional, etc.

Ciertamente, es discutible, ya se ha dicho y preciso es reconocerlo, si se ha acertado o no en el alcance finalmente establecido de estas normas comunes, de menor alcance en todo caso que el sugerido por la Comisión, pero lo cierto es que el EBEP

⁵⁰ Como señala SANCHEZ MORÓN, M. *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico...*, op. cit, pág. 45 "Hasta ahora, la legislación general de la función pública se limitaba a reconocer la posibilidad de contratación de personal por las Administraciones Públicas "de acuerdo con la legislación laboral" (art. 7 LFCE), y a determinar qué funciones o puestos de trabajo podían ser desempeñados en ellas por personal laboral [art. 15.1.c) LMRFP, art. 92.2 LBRL y leyes de función pública de las Comunidades Autónomas, aparte de las normas legales referidas a organismos y entes públicos]. También, ciertamente, la legislación de función posterior a la Constitución, desmintiendo que la legislación laboral común fuera "plenamente aplicable" al personal laboral de las Administraciones Públicas, como pretendía el artículo 7.1 LFCE, fue incluyendo algunas reglas específicas para este personal. Así, la necesidad de seleccionarlo de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y procedimientos que garanticen los principios de igualdad, mérito y capacidad, y el de publicidad (art. 19.1 LMRFP y legislación concordante), o su sometimiento a los planes de empleo de las Administraciones Públicas (art. 18 LMRFP). Por otra parte, algunas leyes especiales en materia de función pública extendieron también su ámbito de aplicación al personal laboral de las Administraciones Públicas o del sector público. El ejemplo más señalado es el de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, Ley, por cierto, que sigue en vigor tras la aprobación del Estatuto Básico. Pero nunca se había aprobado una Ley que, de manera tendencialmente completa, regulara tanto las normas aplicables al personal funcionario como las peculiares del personal laboral al servicio de la Administración, esto es, las que definen lo que podemos denominar una relación laboral especial de empleo público".

constituye un primer paso en la buena dirección de dotar de mayor cohesión y homogeneidad, en lo que es preciso, en el régimen del empleo público.

Por tanto, y en suma, por lo que se refiere al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas la normativa de desarrollo no podrá encontrarse en la legislación de las Comunidades Autónomas, sino en la legislación laboral ordinaria del Estado. Ya se trate de la legislación laboral general, y muy especialmente el Estatuto de los Trabajadores, como en las normas establecidas en los correspondientes convenios colectivos (artículo 7 EBEP).

Y si admitimos la conclusión anterior, las leyes sobre función pública que dicten las Comunidades Autónomas no podrán regular en sí mismas la relación laboral que es una materia claramente reservada al Estado, pero sí que podrán establecer normas o referirse a aspectos no sustantivos o no propios de la relación laboral de empleo público⁵¹. Y, de esta forma, sólo a través de la negociación colectiva con los representantes de sus empleados podrán las Comunidades Autónomas (y las Entidades Locales) participar en la adopción de normas (convencionales) que desarrollen el Estatuto Básico para el personal laboral⁵².

⁵¹ Como resalta SANCHEZ MORON M. *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico...*, op. cit, pág. 50. “Tal es el caso de algunas normas de procedimiento, de organización y de competencia. Algunas, como ya sucede en la actualidad, regularán aspectos previos a la relación laboral en sentido estricto. Es el caso de las que disciplinan el procedimiento de selección, que culmina con un acto administrativo *separable* y previo al contrato de trabajo. Otras regularán instrumentos de ordenación del empleo público, de naturaleza orgánica, como, por ejemplo, los planes de empleo público, la oferta de empleo público, los Registros de Personal o las Relaciones de Puestos de Trabajo o instrumentos similares. Otras normas, en fin, las presupuestarias, podrán establecer limitaciones a los incrementos retributivos o fijarán directamente las cuantías globales del gasto de personal. Pero en todos estos casos, no se trata de legislación laboral en sentido propio, aunque afecte a quienes tienen (o pretendan firmar) un contrato de trabajo con una Administración o ente público. De la misma manera que no son legislación laboral (ni administrativa) los preceptos del Código Penal que regulan los delitos de los funcionarios públicos, en el amplio sentido que esta expresión tiene en el Derecho penal, comprensiva de todo aquel que por disposición de la Ley, por elección o por nombramiento participe en el ejercicio de funciones públicas (art. 24.2 CP)”.

⁵² Bien es cierto que hay que anotar que, en el ámbito universitario y tras la remisión que se hizo por la LOU, se abrió un amplio campo para la legislación universitaria no sin crítica de la doctrina por entender que se vulneraba la competencia estatal y el ámbito natural de la negociación colectiva. Véase respecto de este punto BAYLOS GRAU, A., El personal docente e investigador contratado en régimen laboral después de la reforma de la LOU en 2007, *Revista de Derecho Social*, n° 44, 2009

VI. ¿PORQUÉ AHORA?: EL DEBATE POR LA CONSTRUCCION DE UN MODELO DE EMPLEO PUBLICO EN ANDALUCÍA.

1. Es ahora el momento de modernizar nuestro empleo público.

La función pública de Andalucía constituye un importante colectivo. Sólo si atendemos al personal directamente dependiente de ésta, ignorando al personal al servicio de los Gobiernos locales de Andalucía, Universidades y otras Administraciones públicas no territoriales, sabemos que el mismo constituye el 9 por ciento del número total de personas que trabajan en las Administraciones españolas y del 9'66 por ciento del número de personas ocupadas para el mismo ejercicio en el mercado laboral andaluz. Una cifra superior a los doscientos mil empleados públicos (cuando se incluye al personal docente y sanitario) que supone aproximadamente el treinta y cinco por ciento del gasto comprometido en los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía y aproximadamente el 50 por ciento del total del empleo público en Andalucía. Un funcionamiento adecuado de ésta, por tanto, y a la vista de tales cifras, no resulta una cuestión menor para nuestra Comunidad Autónoma ya que, al fin y al cabo, la efectividad del ejercicio competencial que se realice y la eficacia de los servicios prestados va a depender, en gran medida, de su adecuada estructuración, profesionalización y motivación.

Como se ha puesto de relieve en algunos Informes realizados en los últimos años en el marco de una Europa integrada los Estados que respondan con mayor diligencia y eficacia a la efectiva implementación de la normativa comunitaria serán aquellos que atesorarán una mayor fiabilidad y ofrecerán mayores certezas en los intercambios internacionales. Y es ahora, siguen razonando los Informes citados, tras la integración económica y monetaria –realizada en una época de buena coyuntura económica-, cuando el déficit de renovación de nuestras Administraciones empezará a pasar factura.

Si efectivamente, y como se reconoce con carácter general, nuestro país ha sufrido importantes cambios en las últimas cuatro décadas, dichas transformaciones no se han traducido suficientemente en las formas de operar de nuestras instituciones públicas que no han experimentado similar transformación. Cambios, por otra parte, que no se reducen a transformar ventanillas en espacios abiertos al ciudadano, a cambiar los manguitos por tarjetas de identificación o a implementar una administración electrónica, sino que seguramente exigen, y dado el volumen de PIB que gestionan, en desempeñar una función de dirección estratégica respecto de ese volumen de gasto y de gestión de los recursos que tienen las mismas. En definitiva que sepan dar una respuesta, con todas las garantías de control y transparencia democráticas exigibles, a los problemas colectivos que acechan a la sociedad en su conjunto.

De esta forma, ya desde esa época, se incrementaron progresivamente las voces que reclamaban un cambio en las formas y en los medios para gestionar el sector público. La modernización del sector público ha sido un tema recurrente en los países de nuestro entorno desde la década de los ochenta. Procesos de mejoramiento de la atención al usuario y del reconocimiento de una esfera de derechos en sus relaciones con la Administración pública, implementación de cartas de servicios e introducción de políticas de calidad, acciones de simplificación y descentralización administrativa, desarrollo institucional y gestión pública social, limitaciones fiscales al crecimiento del sector público junto al crecimiento de la demanda de servicios propia de una sociedad de bienestar, son procesos, todos ellos, que han ido acompañando la necesidad de un sector público que racionaliza sus recursos y que ha de optimizar sus resultados a fin de constituirse, más que en una rémora, en esa infraestructura imprescindible que proporciona credibilidad y seguridad en el cumplimiento de sus compromisos de servicio a la sociedad en su conjunto y a cada uno de los ciudadanos para mantener la capacidad de supervivencia y competitividad del país en el mundo globalizado e interdependiente en el que nos movemos.

Además, todo ello, se ha producido en un entorno y cultura administrativa, según se indica en todos los Informes realizados al respecto, poco propicia a valorar y cuantificar lo público como algo propio, pero que en cambio se siente profundamente estatista dada la tradición autoritaria del país. España, y más específicamente en lo que importa Andalucía, sigue siendo un país profundamente dependiente de sus Administraciones y ello avala, si cabe con más intensidad, que las reflexiones anteriores adquieran un matiz tanto más radical en nuestro caso.

Este cambio de perspectiva, como se ve en cierto sentido impuesta por un conjunto de circunstancias, nos obligan a replantear nuestro sistema de empleo público que, globalmente, parece más pensado para responder a las necesidades de una sociedad y a una Administración de otra época, pero no de la era post-industrial, tecnológica y telemática, cambiante y de incertidumbre en que nos movemos en la actualidad. Y los datos son más que concluyentes al respecto. En efecto, los estudios realizados han puesto de manifiesto, en más de una ocasión, el desencuentro que, con justificación o no, existe entre nuestra ciudadanía y la función pública española. De esta forma, se ha puesto de relieve la percepción de la ciudadanía de que el funcionamiento de la Administración es uno de los elementos que menos se ha transformado en España en los últimos años; que los funcionarios son, en una proporción importante, autoritarios y lentos en su trabajo; que los aspectos que menos han mejorado en la Administración pública en los últimos años son la rapidez, la sencillez del procedimiento o la actitud del funcionario al ciudadano; o, por ofrecer un último dato, que los ciudadanos no perciben nítidamente la imparcialidad de los

funcionarios en el ejercicio de sus funciones y estiman que suelen establecer distinciones tratando mejor a las personas de clase alta, a familiares y amigos⁵³.

Los conceptos clásicos de responsabilidad y jerarquía referidos de forma uniforme al conjunto de la función pública española, bases en las que hemos funda-

⁵³ Distinta es la percepción de la ciudadanía cuando son preguntados por los servicios públicos. Si nos atenemos a los resultados que se consiguen la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios puso en su día de relieve, en un informe de percepción ciudadana correspondiente al ejercicio de 2010, que entre un 60 y un 70% de los ciudadanos se sentían satisfechos con los transportes, la sanidad, la educación, los servicios sociales y la seguridad ciudadana o que más de un 80% consideraban que funcionaban mejor que hasta hace cinco años o, en fin, y por dar un último dato, algo más del 75% de los ciudadanos se sentía muy o bastante satisfecho con su última experiencia en un servicio público de tipo administrativo y más de un 80% vio colmadas sus expectativas pues afirmaban que se les trató mucho mejor, mejor o más o menos igual de lo que se esperaban.

No era casualidad. En contra de algunas opiniones instaladas en la cultura ciudadana, lo cierto es que la preparación, el alto grado de profesionalización y las capacidades de nuestros empleados públicos están a un nivel muy razonable en relación con los países de nuestro entorno y son muy superiores a los de muchos países del orbe.

Estos datos, es obvio, arrojaron resultados más negativos en los años más duros de la crisis económica, pero en 2014 y continuando la tendencia iniciada en 2013, se estabilizó el nivel de insatisfacción con los servicios públicos en general, aunque todavía una mayoría de los encuestados consideraban que los servicios públicos en general funcionaban de manera poco o nada satisfactoria.

Un dato importante a anotar, que se recoge en este Informe referido a 2014, es que como en años pasados, y a diferencia de lo que ocurre con las políticas y servicios de carácter sectorial, el porcentaje de ciudadanos satisfechos con la experiencia de prestación en los doce meses anteriores de servicios horizontales o administrativos en una oficina de la administración pública seguía siendo muy elevada. Para la gran mayoría de la población, la atención recibida en los servicios administrativos presenciales había cumplido sus expectativas.

Los atributos de los servicios administrativos presenciales mejor valorados eran: el *estado de las instalaciones*, el *trato que recibió el ciudadano* y la *profesionalidad del personal que los atendió*. El peor valorado es el *tiempo de espera hasta ser atendidos*, cuya influencia, sin embargo, en el grado de satisfacción global era mínima.

Para 2015 se produjo una leve mejoría de la percepción de la ciudadanía sobre los mismos. La mitad de los españoles se declararon ya satisfechos con el funcionamiento de los servicios públicos, independientemente de su titularidad, lo que suponía una mejoría respecto a los pasados ejercicios, y un cambio en la tendencia negativa que se había iniciado en 2012. Este cambio se percibía también en la evaluación retrospectiva de la evolución de los servicios públicos en los últimos cinco años, aunque todavía sólo una cuarta parte de la población opinaba que habían mejorado.

Los más satisfechos eran los ciudadanos mayores de 65 años, independientemente del género, los extranjeros, los estudiantes y los que tienen un mayor nivel formativo, además de, como es habitual, los que se ubicaban a la derecha en la escala de autopoicionamiento ideológico. Los más insatisfechos eran los ciudadanos en situación de desempleo y los de mediana edad.

Este aumento del nivel de satisfacción, razonaba el Informe, iba ligado al aumento del nivel de importancia que los ciudadanos atribuían a los servicios públicos, que ya era muy elevado, y que en 2015 alcanzó a más del 90% de los españoles que lo sitúan por encima del 7 en una escala de 1 a 10.

En fin, y en conclusión, en la percepción de los ciudadanos las políticas públicas, con las necesarias excepciones y con carácter general, en los años en que se han producido las políticas más intensas de ajuste fiscal se habían deteriorado respecto de los datos iniciales de los que se había partido, si bien en los dos últimos años se había iniciado una todavía leve mejoría en la percepción de éstos.

mentado la organización de nuestra burocracia pública, no ofrecen en la actualidad respuestas, sino muy limitadas, para atender los requerimientos que a nuestro sector público le exigen ese conjunto de circunstancias a las que antes nos referíamos. Se hace preciso la introducción de nuevas claves y de nuevas herramientas y despojarnos de ciertos mitos y tabúes para afrontar la exigencia de resultados que una sociedad madura y desarrollada plantea a nuestras Administraciones públicas. Es necesario, pues, un nuevo concepto de responsabilidad que realce, al menos en igual medida, la consecución de metas y objetivos con el respeto ineludible y necesario en una sociedad democrática a los principios de legalidad y de seguridad jurídica. Es decir, es preciso que pensemos sobre el exceso de reglas formales en nuestros procedimientos (derivadas, bien es verdad, de la desconfianza existente hacia nuestros responsables públicos que en más de una ocasión, como hemos podido apreciar en los últimos años, la justifican) y los efectos contradictorios, y en algunos casos meramente retóricos, que pueden provocar, con la ausencia, en forma paralela, de mecanismos reales de exigencia de responsabilidad basada en los resultados para nuestros responsables y servidores públicos.

2. Aspectos claves del proceso de reforma.

La observación de la realidad actual en el campo público, y no solo en la Comunidad Autónoma de Andalucía, refleja, con carácter general, un panorama necesitado de un replanteamiento y un nuevo impulso (no meramente normativo aunque también normativo como estamos exponiendo). La gestión de los recursos humanos se realiza prácticamente en ausencia de establecimiento de objetivos o plan alguno, sin evaluación de los resultados, sin definición clara de las unidades orgánicas, en medio de la ausencia de una política de recompensa/sanción y sin una política salarial claramente definida, con un importante déficit en los mecanismos de racionalización y reasignación de efectivos en la que hasta la crisis económica solo operaba con una lógica incrementalista, con una utilización de la formación en que sólo se tienen en cuenta los intereses de desarrollo personal de los miembros de la organización, etc...⁵⁴

En definitiva, con carencias relevantes en la definición de una política estratégica de gestión de los recursos humanos que prime, al menos, cuatro factores esenciales, a saber: el apoderamiento de las personas (empowerment), es decir, ya no puede ser que unos piensen y otros ejecuten, sino que por el contrario toda la organización ha

⁵⁴ Puede verse, en un excelente análisis, el trabajo de LOSADA, C., ALBAREDA, A. FÉREZ, M. Y LONGO, F., *El empleo público en España: Desafíos para un Estado Democrático más eficaz*”, IEE, 2017. Asimismo, LOSADA, C., Aproximación a un diagnóstico y sugerencias de mejora del empleo público en España, *Revista Vasca de Gestión de Personas y organizaciones públicas*, nº 13, 2017, págs. 8-25 o, por último, AAVV Nuevos tiempos para la función pública. Propuestas para atraer y desarrollar el talento en la Administración General del Estado, Madrid, INAP, 2017.

de apoyar la creatividad; identificación y despliegue de políticas, en el sentido de que cada persona ha de saber en qué contribuye a la organización y ser retribuida por ello; información y comunicación de los objetivos de la organización; y, por último, desarrollo del conocimiento y las competencias de la organización utilizando la formación como elemento clave para ello, abandonando su desconexión de las políticas de personal en su conjunto y su planificación desligada de la detección de necesidades.

La respuesta a estas cuestiones pasa por realizar necesariamente un análisis más exhaustivo de los problemas que aquejan a la función pública autonómica, junto a los ya referidos, y que en nuestra opinión han de encontrar una solución adecuada. Nosotros daremos cuenta de algunos que desde nuestro punto de vista pueden ser claves en la mejora del empleo público andaluz y que podrían justificar la necesidad de un nuevo marco normativo.

Una primera reflexión que ha de realizarse se centra, y ya lo hemos apuntado, en torno a quienes deben de ser los destinatarios de la norma. Es obvio, y así ha quedado expuesto, que la actual norma legal es insuficiente en su aplicación a otros colectivos, léase principalmente personal al servicio de los Gobiernos locales de Andalucía, y que ese debe ser precisamente un punto principal en el eje de las reformas que han de realizarse. Como ya ha quedado dicho el empleo público para el que se pensó la actual Ley de Función Pública suma aproximadamente unos doscientos cincuenta mil efectivos, pero prácticamente al margen de la misma, o al menos sin atender específicamente a éstos, quedan de un lado 122.000 efectivos de la Administración local de Andalucía y aproximadamente 26.000 de las Universidades andaluzas. Una nueva norma no debería dictarse sin atender específicamente la problemática de estos colectivos y con la intención de establecer un sistema de movilidad interadministrativa y unos equilibrios entre los distintos colectivos en relación a las condiciones de trabajo, en términos de equidad externa e interna, con independencia de su adscripción a una u otra Administración pública

Casi a renglón seguido, la propia organización de la función pública andaluza resulta ser otro elemento que ha de ser objeto de especial interés. La racionalización de los cuerpos de funcionarios existentes y su mayor conexión con el sistema de puestos de trabajo, el establecimiento de mecanismos adecuados para la distribución de efectivos, la ruptura del dogma de adscripción indistinta de los puestos de trabajo, un mejor funcionamiento de las áreas funcionales etc. son elementos, entre otros muchos, que deberían ser considerados.

La creación de estructuras directivas profesionales se presenta también como un punto a ser debatido y considerado. Es claro que en la actualidad existe un déficit en la generación de funciones directivas. Nuestro modelo de función pública carece en gran medida de directivos públicos. El propio modelo actual de organización y de

función pública, articulado en el dualismo responsables políticos-funcionarios, no los produce. Ni la selección y provisión de puestos de trabajo se dirige a ello, ni existen los mecanismos necesarios que la hagan viable: evaluación, formación, definición de funciones y garantía de las mismas, etc. Y, sin embargo, los requerimientos exigidos a nuestras Administraciones públicas demandan, cada vez con mayor insistencia fruto de la expansión en la prestación de servicios públicos que ha acontecido en los últimos tiempos, la articulación de una función directiva, que sobre todo en aquellos sectores donde se demandan resultados en términos de prestaciones a los ciudadanos, asuma actitudes más gerenciales, por supuesto dentro del aseguramiento de los bienes públicos y la especificidad de lo público que requiere este sector, y con ello un mejor servicio a los destinatarios de los servicios prestados con un paralelismo de racionalización y responsabilidad en la gestión.

El sistema selectivo también ha de ser objeto de consideración. Debemos tener en cuenta que uno de los dos contenidos que el art. 136 determina para el legislador autonómico en materia de función y empleo públicos es «el acceso al empleo público de acuerdo con los principios de mérito y capacidad», precepto que debe relacionarse con el art. 26.1 b) EAA, el cual declara garantizar a todas las personas el acceso al empleo público en condiciones de igualdad y según los principios constitucionales de mérito y capacidad. La única novedad que suponen tanto el art. 136 como el art. 26.1 b) EAA consiste en imponer los principios de mérito y capacidad no ya al acceso a la «Función pública» sino al «empleo público», noción más amplia, que engloba también al personal laboral de las administraciones públicas.

¿Pero es esto todo?. Me temo que no. En primer término, carecemos en el sector público de medios precisos para identificar las necesidades de personal a medio y largo plazo, y no sólo en el aspecto cuantitativo sino sobre todo en el cualitativo. En segundo lugar, los procedimientos selectivos son costosos, de discutible validez y finalidad y, por si fuera poco, lentos (desde que una unidad organizativa decide cubrir una vacante hasta que el funcionario efectivamente se incorpora pueden transcurrir de 10 a 24 meses). En segundo lugar, el sistema selectivo ha de garantizar, que no lo hace plenamente en la actualidad, su adecuación a las funciones que han de ser efectivamente desarrolladas con posterioridad. La valoración de otros elementos distintos a los conocimientos como las aptitudes personales y las habilidades sociales deben encontrar asimismo un cauce dentro de los sistemas generales de acceso (oposición y concurso-oposición) ya que el éxito de la organización va a depender en buena medida de éstos. De otro lado, es preciso concebir el proceso selectivo como un procedimiento que no finaliza con la realización de unas pruebas selectivas, sino que éstas, con las necesarias modificaciones que nos permitan mejorar su fiabilidad, se continúan con un proceso posterior de adecuación de la persona con la organización concreta y el puesto de trabajo a desempeñar y en el que la relación jurídica debe

quedar condicionada, en cuanto a su mantenimiento, al éxito en dicha adecuación. La posibilidad de que no se seleccionen únicamente el número de candidatos que se adecua al número de plazas ofertadas y la generación de una bolsa de empleo con los que efectivamente las superen que permita realizar estos procedimientos debe ser seriamente considerada.

El sistema de carrera administrativa y de promoción profesional ha de ser también objeto de reflexión. Centrándonos en el actual sistema algunos puntos pueden ser apuntados: 1) Los mecanismos de provisión siguen articulando carreras administrativas de tipo burocrático que no se adecuan a numerosos sectores de actividad de nuestra Comunidad Autónoma; 2) La carrera administrativa tiene poca repercusión en el monto total retributivo de forma tal que, en ocasiones, se produce una doble carrera a través del complemento específico; 3) La estructuración de la misma ha favorecido la inflación organizativa no justificada lo que, a su vez, ha dificultado políticas de promoción interna más activas al compensarse por la provisión de puestos de trabajo; 4) Todavía subsiste una cierta falta de transparencia y arbitrariedad en la provisión de puestos de trabajo; 5) Abuso de los sistemas provisionales de provisión de los puestos de trabajo a fin de facilitar, con posterioridad, la consolidación de dichas situaciones.

La reconsideración general de todo el sistema de recompensas (ya sean retributivas o de otro tipo) y del sistema de penalización de aquéllas conductas que no favorecen la mejora de la gestión de los servicios ha de ser otro punto clave a considerar. El sistema retributivo, el régimen disciplinario y otros elementos atinentes al sistema de motivación de los empleados públicos han de ser necesariamente revisados. Existe algún margen en las bases establecidas por el EBEP para hacerlo y éste ha de ser aprovechado ya que la realidad actual ofrece resultados bastantes pobres en cuanto a la eficacia del mismo.

Ajustar la actual definición de derechos y deberes a nuevos requerimientos: conciliación de vida familiar y laboral, nuevas formas de prestación de trabajo, la participación en la definición de objetivos, etc.. pero sin olvidar, también, la necesidad de estructurar también claramente una tabla de deberes y un marco de desarrollo de la integridad profesional que responda a las exigencias de servicio que el ciudadano plantea a nuestras Administraciones públicas (controles de calidad, cartas de servicios, reestructuración del sistema de responsabilidad, etc..) es un punto necesitado de nuevos desarrollos normativos.

Otro punto importante es la necesidad de mejorar los medios extrajudiciales de solución de los conflictos. A nadie se le oculta la alta conflictividad, tanto en las relaciones laborales como funcionariales, que padecen nuestras Administraciones públicas y que alcanza, en un correlato lógico, a los órganos jurisdiccionales ya sean

las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia o los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de reciente creación. Sin embargo, dicho estado de cosas no es satisfactorio ni para los empleados públicos que aprecian que abusos manifiestos no tienen una solución pronta y satisfactoria, ni para los tribunales que se ven abocados a resolver imperativamente conflictos que podrían tener otras vías de solución, pero ni, inclusive, para las propias organizaciones públicas cuya actuación en este concreto aspecto no potencia la motivación de los empleados públicos y, en ocasiones, ofrecen una sensación de abuso injustificable en la toma de decisiones, articulada de forma unilateral en la mayoría de los supuestos, que no favorece la armonía en las relaciones laborales.

Y es que el segundo de los contenidos que el art. 136 EAA determina para el legislador autonómico en materia de función y empleo públicos consiste en establecer «un órgano administrativo de la Función pública resolutorio de los recursos que se interpongan sobre esta materia». Interpretado en un sentido literal, tal precepto podría no significar nada, pues como se ha señalado acertadamente por ESCRIBANO COLLADO⁵⁵, en puridad, tal órgano administrativo de la Función pública resolutorio de los recursos que se interpongan sobre esta materia ya existe: la consejería competente en materia de empleo público. Ahora bien, como se señaló más arriba, el texto que sirvió de origen a este precepto hablaba de un «tribunal administrativo de la función pública», término que se suprimió por el más aséptico de «órgano», para satisfacer una enmienda. Sin embargo, bien podría haberse añadido alguna matización adicional, en el sentido de órgano de composición técnica y dotado de autonomía funcional⁵⁶.

⁵⁵ ESCRIBANO COLLADO, P., La administración pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º. Extra 2, 1, 2003

⁵⁶ De hecho, su necesidad ha sido constatada por el Defensor del Pueblo Andaluz que en el expediente 13/1859 (2013) concluye que “Por ello, y como así fundamentamos en la admisión a trámite de la queja de oficio, a cuyo acto nos remitimos, nos dirigimos a la titular de la Consejería de Hacienda y Administración Pública considerando que llegado es el momento de que se considere la conveniencia de promover las iniciativas legislativas o reglamentarias precisas en orden a articular el órgano resolutorio de los recursos en materia de empleo público se planteen por los servidores públicos dependientes del sector público andaluz”. Y añade que “debemos significar que la paulatina creación de órganos específicos para ejercitar la actividad revisora de la Administración de la Junta de Andalucía, como hemos visto en la materia de contratación pública y tributaria, precisa de un paso más, y esta vez en el ámbito de la gestión del personal público dependiente de la Administración general e instrumental de la Junta de Andalucía, tal y como mandata el art. 136 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, y ello no solo por este imperativo legal sino también por así exigirlo el notable volumen de recursos contencioso-administrativos que se presenta en los correspondientes juzgados y salas del Poder Judicial en Andalucía, casuística a los que no es ajeno este Comisionado parlamentario, ante el que suele presentarse alrededor de un millar de quejas anuales en esta materia (procesos selectivos, bolsas de empleo, concursos de traslados, retribuciones, condiciones de trabajo, etc.)”.

Estos elementos, junto a otros que podrían ser citados, justifican de por sí la apuesta por una nueva normativa. Pero dos reflexiones han de realizarse ineludiblemente.

La primera relativa a que ciertamente, como sucedió en su día con la actual Ley de función pública andaluza, el escenario ideal sería aquél en que el Estado hubiese ejercitado sus competencias sobre el empleo público de forma integral dando cumplimiento al artículo 103 CE a fin de disponer de los referentes necesarios para acometer la necesaria reforma del marco normativo Andaluz. Pero, como también se ha expuesto, la sociedad andaluza, su Administración dada la importancia estratégica que representa para dicha sociedad, tampoco puede quedar a la aparentemente eterna espera del mismo dadas las dificultades y ausencia de consenso que presenta la redacción de éste. El nuevo impulso que se necesita ha de partir, por tanto, de lo existente hasta ahora sin esperar, al menos por el momento, a un improbable Estatuto de la Función Pública. Apurando al máximo las posibilidades normativas y con un proyecto claro y transparente que dé respuesta a las claves enunciadas.

La segunda, evidente en sí misma pero que a la postre determinará el éxito de las reformas que se emprendan, es que no es posible pensar que basta una reforma legal. Eso será un primer paso, pero lo verdaderamente relevante será el rigor con se apliquen éstas y el cambio de cultura administrativa que exigen para su éxito. Y eso será, con todas las reformas legales que se quieran, sin duda el punto de equilibrio para el éxito de los cambios que nuestro empleo público demanda. Efectivamente, PRATS ha puesto de relieve la necesidad urgente, para que las reformas del Estado alcancen el éxito que se espera de las mismas, de que se produzca un cambio institucional⁵⁷. Quiere decir ello, en palabras de dicho autor, que “las organizaciones estatales no son libremente disponibles; contrariamente, se encuentran ampliamente sobredeterminadas por el tipo de institucionalidad pública existente, es decir, por las normas y reglas –formales e informales- que establecen los fines, límites, actores, procedimientos y formas de participación en la acción colectiva, así como por los correspondientes modelos mentales, actitudinales y valorativos que prestan legitimidad, permiten la vigencia y dificultan el cambio de tales reglas y normas”. De todo lo cual deduce el autor una conclusión: “si la institucionalidad pública es el marco de incentivos de las organizaciones públicas, cualquier reforma de éstas sólo será positiva y duradera en la medida en que contribuya a reformar también positiva y duraderamente el fondo o marco institucional en que la organización se inserta” y, correlato de lo anterior, que si reconocemos como cierto lo expuesto la reforma del sistema de empleo público no puede ser solamente una operación meramente técnica

⁵⁷ PRATS I CATALÁ, J. Reforma del Estado y desarrollo humano en América Latina, *Quórum: revista de pensamiento iberoamericano*, N^o 1 (S), 2000 (Ejemplar dedicado a: El Estado, otra vez), págs. 41-61

sometiéndola a una lógica de cambio perfectamente planificado, sino que va a requerir también de un proceso constante, dilatado a lo largo del tiempo, que modifique también aquellos elementos subyacentes que en forma inercial permanecen en el empleo público sea cual sea la norma legal o reglamentaria que se dicte.

El ciudadano como núcleo esencial del Derecho Administrativo

Miren Sarasíbar Iriarte

Profesora Contratada Doctora (Titular acreditada) de
Derecho Administrativo. Universidad Pública de Navarra

“Hominis causa omne ius constitutum est”

“El Derecho está al servicio de las personas”

SUMARIO:

EL ADMINISTRADO O CIUDADANO COMO PUNTO DE PARTIDA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. 1. Concepto de administrado: el protagonista del Derecho Administrativo. 2. El administrado como sujeto merecedor de protección. 3. El concepto de ciudadanía como buena administración en el ámbito comunitario. 4. El principio de buena administración en el ámbito español. II. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: DEL DERECHO DEL PODER AL DERECHO DE LA PERSONA A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN. 1. El incremento del protagonismo de la sociedad. 2. La nueva realidad del Estado garante. III. EN BÚSQUEDA DEL EQUILIBRIO: LAS NECESARIAS GARANTÍAS DEL ADMINISTRADO RESPECTO DE LA ADMINISTRACIÓN. 1. Conceptos de deber, derecho subjetivo y sujeción. 2. Concepto de garantía como salvaguarda frente a la Administración. 3. El derecho de defensa como garantía del particular ante la Administración. 4. El procedimiento administrativo como deber de la Administración y como garantía de defensa para las personas. 5. El silencio administrativo: ¿una garantía para las personas?. 6. El principio de confianza legítima como garantía de igualdad. IV. REFLEXIÓN FINAL. V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN:

El artículo trata sobre la posición que ocupa el ciudadano ante la Administración y las garantías que tiene frente a la misma. Se enfatiza la importancia de tal figura puesto que constituye el fundamento de la actuación de la Administración pública. Sin él, la actuación de la Administración carece de sentido. Por ello, el Derecho Administrativo ha evolucionado de ser un Derecho del poder a ser un Derecho del

ciudadano a una buena administración. Asimismo, el Estado es un Estado garante, un Estado que se preocupa porque los servicios gestionados por los particulares se realicen de forma correcta. Por último, se hace referencia a una serie de garantías que el ciudadano tiene frente a la Administración pero que con la nueva Ley de Procedimiento y la nueva Ley del Sector Público se ha desaprovechado la oportunidad de realzarlos y de conceder mayor importancia a la figura y derechos del ciudadano.

PALABRAS CLAVE:

Ciudadano, garantía, buena administración, Estado garante

ABSTRACT:

The article deals with the position that the citizen in the face of the Administration and the guarantees that it has. The value of such a figure is emphasized since it constitutes the basis of the performance of the public administration. Without it, the administration's actions are meaningless. For this reason, Administrative Law has evolved from being a right of power to being a citizen's right to a good administration. Likewise, the State is a guarantee State, a State that is concerned that the services managed by individuals are carried out correctly. Finally, reference is made to a series of guarantees that the citizen has in the face of the Administration, but with the new Law of Procedure and the new Public Sector Law, has lost the opportunity to enhance them and to give greater importance to the figure and Rights of the citizen.

KEY WORDS:

Citizen, guarantee, good administration, guarantee State

I. EL ADMINISTRADO O CIUDADANO COMO PUNTO DE PARTIDA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

1. Concepto de administrado: el protagonista del Derecho Administrativo.

El concepto de “administrado” parece a simple vista un término que no induce a algo importante. Es decir, es un sujeto que se configura como la parte pasiva de una relación de dos en el que el sujeto importante es la Administración. La Administración ocupa un lugar principal y relevante quedando relegado el administrado a ser el destinatario de la actuación de la Administración.

Sin embargo, esto no debe ser la concepción real del término “administrado” ya que sin él, la actuación de la Administración carece por completo de sentido. Sin la existencia de un sujeto al que la Administración pueda enfocar o dirigir sus medidas, la Administración como poder público se desvanece. Es más, recordando

la finalidad de cualquier actuación administrativa, que es la persecución del interés público, es decir, el interés del mayor número de población, la figura del administrado es simplemente esencial. Y esto debe ser recordado siempre.

La segunda idea que quiero dejar clara es que no sólo el administrado es el que fundamenta y justifica la actuación de la Administración sino que es el administrado el sujeto que ostenta una serie de derechos y garantías que tiene que salvaguardar respecto de la Administración, tal como se verá más adelante. En palabras de GONZÁLEZ PÉREZ, “a fuerza de hablar de prerrogativas, de poderes exorbitantes, del interés público, de los servicios públicos, de la planificación, del desarrollo económico, uno llega a olvidarse que el fundamento y razón de ser de esa ingente actividad administrativa, como el fundamento y razón de ser del Estado mismo, no es otro, en definitiva que el hombre, su bienestar, hacer que su paso por la tierra sea más agradable, mejor”¹.

El Estado de Derecho sólo tiene sentido si situamos al sujeto, a la persona, como centro y fundamento de todo el Derecho. Y se entiende por Derecho al conjunto de relaciones de exigibilidad personal para la protección de la integridad de la dignidad personal. El Estado y, en consecuencia, la Administración, está al servicio del ciudadano, esa es su función. Sobre el individuo tiene que rotar toda la estructura administrativa de poder que supone la Administración como poder público. Si la Administración pierde de vista al sujeto como destinatario de todas sus actuaciones, el Estado de Derecho se destruye. El Estado es el defensor y garante de los derechos del ciudadano.

El administrado ha de estar investido de unas garantías mínimas que constituyen la salvaguardia de la esfera de la libertad individual, que es la esencia de un Estado que de verdad sea un Estado de Derecho.

Y obviamente, la vinculación positiva al Derecho es innato al poder público. La Administración está obligada a cumplir y respetar la ley y el Derecho ya que todas las medidas y actuaciones que realice son creadas por el Derecho y la legitimidad de las mismas depende de que el Derecho se lo permita². El cumplimiento del principio de legalidad por parte de la Administración supone también una garantía esencial para el administrado ya que supone el respeto a la ley y a la norma y sumisión de los órganos del Estado y demás entes públicos a un orden jerárquico de normas.

¹ GONZÁLEZ PÉREZ, J., “El administrado”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 452, 1966, p. 10. Este autor enfatiza el poco reconocimiento que se le da a la figura del administrado en los manuales y tratados de Derecho Administrativo, idea con la que estoy totalmente de acuerdo cuando es el administrado el centro del sistema, el fundamento del mismo.

² MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “La garantía constitucional del Derecho Administrativo”, en el vol. col. BALADO, M. y GARCÍA REGUERO, J. A., *La Constitución Española de 1978 en su XXV aniversario*, ed. Bosch, Madrid, 2003, pp. 17-27.

Sin embargo, en palabras de SÁNCHEZ BLANCO, el administrado no ha sido el “centro del sistema, al observar que no se le reconoce ni la entidad de un título, un capítulo o una sección en los libros, tratados o manuales de Derecho Administrativo, donde todo lo más se le dedica es un epígrafe o apartado como elemento de la relación jurídico-administrativa, naturalmente predeterminada por los privilegios de la Administración pública”³.

El concepto de administrado o ciudadano radica de la distinción entre lo político y lo administrativo, entre lo que entendemos por gobernar y por administrar. El Estado ha sido durante siglos casi exclusivamente una organización del Derecho y de la Autoridad, una estructura de límites y condicionamientos jurídicos, dentro de los cuales la actividad positiva y encaminada a promover directamente el bienestar del país estaba en manos del sector privado, por lo que el Estado apenas “administraba”⁴.

Parece que el término de administrado obedece, a mi juicio, al sujeto como destinatario de una concreta actuación por parte de la Administración, ocupando en cierta medida una actitud pasiva. Sin embargo, el término de ciudadano tiene mayor peso en el sentido que es un sujeto que tiene una actitud de exigencia respecto de la Administración, un sujeto que reivindica sus derechos y su posición jurídica frente a la Administración y, en consecuencia, ocupa una actitud activa, participando de la esfera pública. En palabras de FÉLIX MONTIEL, “de lo que se trata es de plantear si el administrado puede encontrarse frente a las instituciones administrativas en una posición análoga a la del ciudadano con relación a las instituciones políticas”⁵.

2.El administrado como sujeto merecedor de protección.

Con el reconocimiento de derechos fundamentales por parte de la Constitución y de la acción pública, la condición del administrado se fortalece ya que le sitúa como sujeto protegido por la legislación y con herramientas para defender sus derechos ante el poder público. Por ello, el Derecho Administrativo debe proteger los derechos de los individuos frente a la Administración y poner a disposición de ésta los procedimientos e instrumentos jurídicos que le permitan un cumplimiento eficaz de sus

³ SÁNCHEZ BLANCO, A., “Del supraconcepto de administrado a la concreción constitucional de colectivos sociales”, en el vol. col. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (Coord.), *La protección jurídica del ciudadano: (procedimiento administrativo y garantía constitucional): estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 341.

⁴ FÉLIX MONTIEL, F., “El ciudadano y el administrado”, *Revista de Administración Pública*, 48, 1965, p. 128.

⁵ FÉLIX MONTIEL, F., “El ciudadano y el administrado”, cit., p. 131.

funciones. De hecho, como dice MARTÍN REBOLLO, la Administración debe ser una Administración de garantías⁶.

En esta misma línea, ESCRIBANO COLLADO critica que en la LRJ-PAC tampoco existía un precepto en el que de forma expresa se reconociera el derecho de defensa frente a la Administración, a pesar de que, como dice el autor, sí que en diferentes artículos se regule diversas formas de que los interesados participen en el procedimiento⁷. De hecho, en la propia Ley se establece que si eso no se respeta, el resultado es que el acto resultante es anulable ante la indefensión causada al interesado.

A este respecto, hay autores que establecen que no se produce tal indefensión en el procedimiento administrativo ya que al particular en ese caso le quedaría la vía de los recursos administrativos y jurisdiccionales para poder recurrir tal defecto que le ha ocasionado indefensión. A mi juicio, considero que no debe ser ésta la solución que debe imperar, sino que en el procedimiento se deben garantizar siempre los derechos y garantías del administrado y que sólo como medida residual, debe contemplarse la opción de los recursos. En otro caso, no estaríamos respetando el abanico de garantías que el administrado debe tener y los recursos se convertirían en el medio de garantía y no, en otro instrumento más, como es en la actualidad. Por ello, surge la pregunta de si realmente se reconoce un derecho de defensa del ciudadano frente a la Administración.

El término indefensión está íntimamente ligado al artículo 24.1 de la Constitución ya que la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva produce tal indefensión. Sin embargo, este artículo sólo se ciñe a cuando el sujeto afectado por una decisión no tiene posibilidad de defenderse por una mala práctica por parte de los órganos jurisdiccionales.

Tal es el caso de la STS de 5 de diciembre de 2014⁸, en la que se argumenta que en relación con la calificación de un examen, el hecho de “se han infringido las reglas que deben regir el proceso contencioso-administrativo pues sosteniendo un error por parte del Tribunal Calificador en la cuantificación de los errores mecanográficos, habiendo aportado copia del examen que realizó y solicitado prueba pericial, ésta es denegada, sin que su realización sea impertinente. En efecto sobre este mismo proceso selectivo ha recaído sentencia de esta Sala de 10 de septiembre de 2014, donde se

⁶ MARTÍN REBOLLO, L., “La Administración de garantías: vigencia y limitaciones”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 13, 1992, pp. 31-54.

⁷ ESCRIBANO COLLADO, P., “Reflexiones sobre la indefensión en el procedimiento administrativo”, en el vol. col. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (Coord.), *La protección jurídica del ciudadano: (procedimiento administrativo y garantía constitucional): estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 537.

⁸ RJ 2014\6365.

admitió la pretensión de la recurrente, precisamente en virtud de la prueba pericial practicada, por lo que efectivamente a la recurrente se le ha producido indefensión, al no admitir dicha prueba, único modo de probar el error del Tribunal Calificador, y en consecuencia procede admitir el motivo, y por ello el recurso de casación”.

Lo mismo ocurre con la STS de 3 de julio de 2015⁹, en la que se establece que “la Administración actuante no le ha conferido intervención alguna en el procedimiento sobre la autorización ambiental concedida a Ercros Industrial SA, omitiendo su condición de interesada por razón del repetido vertido que le afecta directamente. Por ello alega que se le ha causado indefensión y perjuicio irreparable a sus derechos e intereses, que deben ser tutelados. En definitiva, la actora alega que la actuación administrativa objeto del presente proceso modifica derechos subjetivos de los que es titular prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, esto es, la revisión anticipada de su autorización ambiental... la concurrencia de vida de hecho y desviación de poder, además de la falta de trámite de audiencia en el expediente administrativo y de haberse prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, por lo que pretende la nulidad de pleno derecho de las resoluciones y autorización ambiental recurridas...La Sala de instancia constata en su siguiente FD 3º la inexistencia de práctica del trámite de audiencia respecto de la entidad recurrente (Inquide) en el procedimiento tramitado para el otorgamiento de autorización ambiental”.

El Tribunal cita otros pronunciamientos relacionados con el tema de la sentencia como es el caso de la STS de 11 de julio de 2003¹⁰, que resume en lo sustancial la doctrina de este Tribunal en materia de nulidad de actos administrativos derivada de la falta de cumplimiento del trámite de audiencia en un procedimiento no sancionador ya que en dicha sentencia se afirma que tal falta de audiencia no es, por sí propia, causa de nulidad de pleno derecho, sino que sólo puede conducir a la anulación del acto en aquellos casos en los que tal omisión haya producido la indefensión material y efectiva del afectado por la actuación administrativa. Por otra parte, tal como establece la STS de 13 de octubre de 2000¹¹, la falta de un trámite como el de audiencia, por esencial que pueda reputarse, no supone por sí misma que se haya prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido que puede subsistir aun faltando la decisiva audiencia del interesado, por lo que tampoco le afecta, en principio, la causa de nulidad de pleno derecho prevista en la letra e) del artículo 62 de la Ley 30/1992 (en adelante, LRJPAC).

⁹ RJ 2015\3454.

¹⁰ RJ 2003\5433.

¹¹ RJ 2000\7914.

De la misma forma, también se refiere a la STS de 12 de diciembre de 2008 dispone que "en efecto, ha de recordarse ante todo que la omisión del trámite de audiencia en procedimientos no sancionadores no constituye en sí misma o por sí sola ninguna de las dos causas de nulidad de pleno derecho previstas en las letras a) y e) del número 1 del artículo 62 de la LRJPAC, sino que queda regida por la previsión del número 2 del artículo 63 de la misma Ley, de suerte que sólo determinará la anulabilidad del acto dictado en el procedimiento en que se omitió si dio lugar a una indefensión real y efectiva del interesado"¹².

Para concluir, el TS en su sentencia de 2015 antes citada, alega que "la imposición de tan drástica consecuencia a una entidad que no ha tenido oportunidad de intervenir en el curso del procedimiento, sin más y sin mayores cautelas, constituye una grave irregularidad procedimental que compromete y repercute negativamente en el ejercicio de sus derechos de defensa, unos derechos que los interesados tienen reconocidos por virtud de lo dispuesto por nuestro ordenamiento jurídico". Añade asimismo que "una vez adoptada la resolución resulta más comprometido rectificar y pretender que la Administración vuelva sobre sus propios pasos, máxime cuando se trata de un procedimiento administrativo que carece del carácter bilateral propio de otros procedimientos y en el que confluyen interesados de diverso signo que la Administración ha de valorar...La trascendencia del vicio de forma en que se incurre por la omisión del trámite de audiencia impide, pues, al acto alcanzar su fin, lo que es causa determinante de la anulabilidad de dicho acto, por virtud de lo dispuesto por el artículo 63.2 LRJPAC –PAC".

Es en la STS de 6 de noviembre de 2015¹³ donde se cita la indefensión que se le causa al particular es el aspecto central de la misma ya que el hecho de no haber practicado determinada prueba hace que no se pueda calibrarse con total seguridad su resultado y por tanto su verdadera trascendencia para la resolución del caso. A este respecto se refiere a la STS de 23 de marzo de 2012 en la que se establece que "la posibilidad de cambio en el resultado del proceso, como consecuencia de la práctica de la prueba, es suficiente para incurrir en la indefensión proscrita en el artículo 88.2 de la LJCA , a los efectos de exigir su concurrencia para estimar el quebrantamiento de forma alegado...La prueba resulta decisiva en términos de defensa, porque, de hacerse practicado, la resolución final del proceso podría haber sido distinta o, al menos, hay dudas de que así hubiera podido suceder". Finalmente se acogió este motivo de casación y se procedió a ordenar la retroacción de actuaciones para la práctica de la prueba documental admitida".

¹² RJ 2008\8113.

¹³ RJ 2015\5163.

La STS 923/2016, de 27 de abril, se refiere a la indefensión causada por la falta de motivación en las resoluciones dictadas por la Administración. En concreto expone al igual que lo hace la STC 6/2002, "la obligación de motivar las Sentencias no es sólo una obligación impuesta a los órganos judiciales por el art. 120.3 CE, sino también, y principalmente, un derecho de los intervinientes en el proceso que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el art. 24.1 CE, que *únicamente se satisface si la resolución judicial, de modo explícito o implícito, contiene los elementos de juicio suficientes para que el destinatario y, eventualmente, los órganos encargados de revisar sus decisiones puedan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Es por lo tanto -y sobre todo- una garantía esencial para el justiciable mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad. En conclusión, una Sentencia que no dé respuesta a las cuestiones planteadas en el proceso, o de cuyo contenido no puedan extraerse cuáles son las razones próximas o remotas que justifican aquélla, es una decisión judicial que no sólo viola la Ley, sino que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva*"¹⁴.

En relación con esto, la jurisprudencia se refiere también a la motivación errónea estableciendo que "el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos o razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho. Este último aspecto no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, pero sí conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia"¹⁵.

Asimismo, respecto a la congruencia como integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, la doctrina constitucional ha afirmado (por todas, STC 83/2009, de 25 de marzo), que: "...el derecho reconocido en el art. 24.1 CE comprende, junto a otros contenidos, el derecho a obtener una resolución congruente y razonable. Por lo que respecta a la primera de estas dos notas, la doctrina de este Tribunal acerca de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión como conse-

¹⁴ RJ 2016\2232.

¹⁵ En esta misma línea, véase las SSTC 26/2009 de 26 de enero, 61/2009, de 9 de marzo y 82/2009 de 23 de marzo y 311/2005, de 12 de diciembre.

cuencia del dictado de una resolución judicial incongruente ha sido sistematizada en la STC 40/2006, de 13 de febrero en la cual afirmábamos lo siguiente:

Dentro de la incongruencia hemos venido distinguiendo, de un lado, la incongruencia omisiva o ex silentio, que se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y de otro lado, la denominada incongruencia por exceso o extra petitum, que se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones...Más concretamente, desde la perspectiva constitucional, este Tribunal ha venido declarando reiteradamente que, para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva se requiere que la desviación o desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (ultra petitum) o algo distinto de lo pedido (extra petitum), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron la oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales.

En algunas ocasiones, tiene declarado este Tribunal, ambos tipos de incongruencia pueden presentarse unidas, dándose la llamada incongruencia por error, que es aquella en la que concurren al unísono las dos anteriores clases de incongruencia. En efecto, se trata de supuestos en los que, por error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión o pretensiones formuladas por las partes en la demanda o sobre los motivos del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquella sin respuesta" (por todas, SSTC 15/1999, de 22 de febrero; 124/2000, de 16 de mayo y 182/2000, de 10 de julio).

3. El concepto de ciudadanía como buena administración en el ámbito comunitario.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en concreto, en su artículo 41 hace referencia al concepto de ciudadanía y lo asocia con la buena

administración. Es decir, la actuación de la Administración se considera correcta y adecuada siempre y cuando pivote sobre el concepto de ciudadano, haciendo de éste la razón de su existencia. En ese precepto se declara el derecho de toda persona a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente dentro de un plazo razonable¹⁶.

Esta afirmación supone, en primer lugar, el derecho que tiene toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente. En segundo lugar, supone también el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto a los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial. En tercer lugar, también se deduce la obligación que tiene la Administración de motivar todas y cada una de sus decisiones. En lo que respecta a la Unión, la buena administración también conlleva el derecho a la reparación por parte de la Unión de los daños causados por sus instituciones o agentes en el ejercicio de sus funciones de acuerdo a los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. Asimismo, la buena administración en la Unión Europea va ligada a que toda persona se pueda dirigir a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados así como recibir respuesta en esa misma lengua.

De todas estas afirmaciones, se concluye que existe un derecho-deber configurado desde la perspectiva del ciudadano como administrado, como titular de los derechos frente al poder que es la Administración. Sin embargo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos no contempla entre su articulado el derecho a una buena administración, en el ámbito del Consejo de Europa se presta especial atención a los principios y reglas que deben aplicar las Administraciones públicas en sus relaciones con los particulares para el logro de una buena administración.

Efectivamente, la Carta fue el primer texto escrito en el que se recoge expresamente el derecho a una buena administración, pero, en el ámbito jurisprudencial

¹⁶ Véase BAENA DE ALCÁZAR, M., "Sobre la idea europea de buena administración", *Noticias de la Unión Europea*, 247-248, 2005, pp. 61- 66; GUILLEM CARRAU, J., "La buena administración en la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa: ¿Más por menos?", *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, 25, 2011, pp. 69-103; MARTÍN-RETORTILLO BÁCQUER, L., "Dos notas sobre la Carta", en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R., *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, ed. Civitas, Madrid, 2002, pp. 183-198; MELLADO RUIZ, L., "Principio de buena administración y aplicación indirecta del derecho comunitario: instrumentos de garantía frente a la "comunitarización" de los procedimientos", *Revista Española de Derecho Europeo*, 27, 2008, pp. 281-325; PONCE SOLÉ, J., *El principio de buena administración: discrecionalidad y procedimiento administrativo*, ed. Universitat de Barcelona, Barcelona, 2001 y TORNOS MAS, J., "El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración pública", en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. D. Lorenzo Martín-Retortillo*, Vol. I, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009.

de la Unión Europea ya se hacía referencia previamente al principio de buena administración en la fundamentación de sus sentencias, no como derecho en sí mismo sino, más bien, como estándar de comportamiento exigido a la Administración en sus relaciones con los Estados miembros, sus organismos y agentes, o con los propios administrados.

La primera sentencia que hizo referencia al principio de la buena administración fue la Sentencia *Industrias Siderúrgicas asociadas c. Alta Autoridad*, al pronunciarse sobre la obligación de motivar las decisiones de la Alta Autoridad (Sentencia de 11 de febrero de 1955, asunto 4/54, ap. 6º). Asimismo, pueden destacarse las sentencias del Tribunal de Justicia dictadas en los casos *Maurissen c. Tribunal de Cuentas*, *Burban e Interporc*. La primera es la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de febrero de 1987, asunto 417/85. En ella señala que el principio de buena administración “implica, principalmente que, al resolver acerca de la situación de un funcionario, la autoridad debe tomar en consideración la totalidad de los elementos que puedan determinar su decisión, ya que, al hacerlo, tendrá en cuenta no sólo el interés del servicio, sino también el del funcionario interesado”. La segunda es la Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1992, asunto C-255/90 P y la tercera es la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2003, asunto C-41/00 P.

De las sentencias del Tribunal de Primera instancia destacan las dictadas en los casos *Nölle* (Sentencia de 18 de septiembre de 1995, asunto T-167/94) y *New Europe Consulting* (Sentencia de 9 de julio de 1999, asunto T-231/97). En la primera de ellas, el Tribunal hace referencia al deber de diligencia y de buena administración de las instituciones comunitarias y señala que el respeto de las garantías que otorga el ordenamiento jurídico comunitario en el procedimiento administrativo reviste una importancia aún superior cuando las Instituciones dispongan de amplias facultades de apreciación. Y en la segunda vuelve a referirse a la buena administración como un principio del que se deriva la obligación de actuar con toda la diligencia debida¹⁷.

¹⁷ Conviene hacer referencia igualmente al derecho a ser oído como expresión del derecho de defensa en el procedimiento administrativo en materia de competencia en la Sentencia *Orkem* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 1989, asunto 374/87. Otras sentencias del Tribunal de Justicia son la de 12 de febrero de 1992, *Países Bajos y Otros c. Comisión*, asuntos acumulados C-48/90 y C-66/90, y la de 29 de junio de 1994, *Fiskano c. Comisión*, asunto C-135/92). Por otro lado, la sentencia *Lisrestal* (Sentencia del TPI de 6 de diciembre de 1994, *Lisrestal*, asunto T-450/93), en la que va a concluir constatando una vulneración del derecho de defensa de los demandantes, el Tribunal de Primera instancia añade a lo anterior que el principio de defensa «exige que cualquier persona contra la que pueda adoptarse una decisión lesiva tenga posibilidad de expresar efectivamente su punto de vista sobre los elementos que la Comisión formule en su contra para fundamentar la decisión controvertida». Destacan asimismo, las Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de octubre de 1987, *Heylens*, asunto 222/86 (ap. 15 y 16), o la de 21 de noviembre de 1991, *TV Munchen*, C-269/90.

Pero a pesar de este reconocimiento en muchos pronunciamientos jurisprudenciales, hay que afirmar que no se llega a reconocer claramente un derecho subjetivo a una buena administración, en el sentido de la exigencia que tienen los ciudadanos para exigir a la Administración ciertas facultades o medidas en un momento concreto.

Por lo tanto, con el artículo 41 de la Carta se confiere unidad a una serie de derechos que se encontraban, bien dispersos en los Tratados, bien reconocidos a los particulares a través de su desarrollo jurisprudencial.

Por ello, aunque los derechos que se engloban en la buena administración ya venían siendo invocados desde diversas instancias y reconocidos por el Tribunal de Justicia, es con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, y la consiguiente adquisición de valor jurídicamente vinculante, cuando el pleno respeto a los mismos se convierte en una obligación jurídica para la Administración Europea. En consecuencia, los particulares encuentran reconocidos en el artículo 41 de la Carta una serie de derechos de carácter procedimental, que deben ser respetados en los distintos ámbitos de aplicación del Derecho europeo.

Ni el derecho a una buena administración como principio informador, ni los específicos derechos subjetivos que lo forman no tienen una mayor protección por el hecho de que la Carta adquirió fuerza jurídica con el Tratado de Lisboa, ya que con anterioridad a la entrada en vigor del mismo, la tutela de tales derechos la llevaba a cabo el Tribunal de Justicia de acuerdo a los preceptos de los Tratados o basándose en el artículo 41 de la Carta.

4. El principio de buena administración en el ámbito español.

Vista la regulación por parte del Derecho comunitario del principio de buena administración, conviene hacer referencia a la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico del mismo.

El culto a la justicia no consiste sólo en el culto a la legalidad, pues ella nos impone siempre una participación activa e infatigable en el eterno drama, que tiene por teatro la historia y por argumento la lucha entre el bien y el mal, el derecho y la

En este última, el Tribunal se refiere a dos manifestaciones del derecho a una buena administración que deben ser respetadas en el marco del procedimiento administrativo desarrollado ante una institución comunitaria (en este caso la Comisión), a saber, el derecho a ser oído que exige que la parte interesada esté en situación «de definir su postura y manifestar eficazmente su punto de vista sobre la importancia de los hechos así como, en su caso, sobre los documentos en los que se basa la Institución comunitaria», y la motivación, en cuya virtud, debe constar de modo claro e inequívoco el razonamiento de la autoridad comunitaria de quien procede el acto impugnado, a fin de permitir a los interesados conocer las justificaciones de la medida adoptada para que puedan defender sus derechos, e igualmente permitir al Tribunal ejercer su control.

infracción; las leyes no sólo deben ser obedecidas, sino vivificadas, cooperando a su renovación.

Como punto de partida, hay que comenzar por los artículos 9.3 y 103 de la Constitución, reconociendo el primero “el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos” y el segundo que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

El segundo paso lo marca la LRJPAC en su artículo 3 reconociendo igualmente los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho; los principios de buena fe y de confianza legítima; el principio de cooperación y colaboración, el principio de eficiencia y servicio a los ciudadanos y los principios de transparencia y de participación.

El siguiente escalón es la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) ya que en ella también se incluyen y reconocen los principios de economía, suficiencia, simplicidad, claridad y proximidad a la ciudadanía, eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, programación y desarrollo de los objetivos, control de la gestión y de los resultados y responsabilidad por la gestión pública, racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos.

Además de esta normativa general, hay que hacer referencia a que también en el ámbito autonómico se ha ido incorporando el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos a una buena administración. Como reflejo de ello, y sin entrar de forma detallada en cada uno de los Estatutos de Autonomía, las modificaciones de los Estatutos de Autonomía han venido a reforzar estos derechos¹⁸. Así por ejemplo, es

¹⁸ CALVO SÁNCHEZ, M^a D., “Objetivos de la reforma. Ámbito de aplicación. Principios rectores. Derechos de las personas y derechos de los interesados”, en el vol. col. GALLARDO CASTILLO, M^a J. (Dir.), *Aproximación al nuevo procedimiento administrativo común de la Ley 39/2015: reflexiones y claves para su aplicación*, ed. Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Interprovincial, Madrid, 2016, pp. 19-77; RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, J., *El buen gobierno y la buena administración de las instituciones públicas*, ed. Thomson

el caso de la Comunidad Valenciana que en la modificación de su Estatuto mediante Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, establece expresamente que una ley debe regular una buena administración y el acceso a los documentos de las instituciones y administraciones públicas valencianas.

De la misma manera, establece que los ciudadanos tienen derecho a que la administración trate sus asuntos de modo equitativo e imparcial y en un plazo razonable. Lo mismo ocurre con otras Comunidades Autónomas como Andalucía, en la que en la modificación de su Estatuto llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, también se incluye un precepto con el título de buena administración. O el caso de Castilla y León, que de modo más amplio, mediante la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, garantiza que los ciudadanos tienen derecho a recibir información suficiente sobre los servicios y prestaciones a los que pueden acceder, a un tratamiento imparcial y objetivo de los asuntos, a acceder a los archivos y registros administrativos, a formular quejas sobre el funcionamiento de los servicios públicos, etc.

La efectividad y preservación de estos derechos debe estar ligada a que su incumplimiento o incluso su negación, lleve consigo la nulidad del acto dictado por la Administración, en base a lo dispuesto en el artículo 62.1 de la LRJPAC (actual artículo 47 de la nueva Ley de Procedimiento). Es por ello que existe jurisprudencia variopinta en la que, por un lado, hay sentencias que de forma tajante afirman la nulidad de actuaciones en base a una infracción en el procedimiento por incumplimiento de los derechos que tiene el ciudadano pero hay otras sentencias que lo califican como mero error formal de lo que se deduce que el derecho del ciudadano queda claramente relegado a un segundo plano.

Dentro del concepto de buena administración, hay que incluir la obligación que tiene la Administración de motivar todas y cada una de sus decisiones, en el sentido de que el ciudadano debe conocer cuáles han sido las justificaciones o motivos que ha utilizado para dictar la resolución en cuestión (art. 35 de la nueva Ley de Procedimiento). De lo contrario, como es sabido, incurre en arbitrariedad, práctica absolutamente prohibida. En este sentido, la jurisprudencia en relación con esta exigencia de la motivación, exige que la misma sea clara y expresa. De esto se deduce que la Administración debe dar sus razones jurídicas y no jurídicas que le han llevado a dictar la resolución, con el objetivo último de que el ciudadano las conozca por si se plantea impugnarla y de que los Tribunales también puedan valorar los motivos planteados por la Administración.

Aranzadi, Cizur Menor, 2006 y URIARTE RICOTE, M., “El derecho a una buena administración como garantía de un ejercicio de poder democrático”, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*, ed. Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 715-732.

II. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: DEL DERECHO DEL PODER AL DERECHO DE LA PERSONA A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN.

1. El incremento del protagonismo de la sociedad.

El Estado de Derecho no se denomina así por la sujeción del poder al derecho sino que su sentido es el del reconocimiento y la garantía de los derechos e intereses de los particulares. También encuentra su sentido en la intervención de los poderes públicos en la acción positiva de la Administración (art. 9.2. CE).

Es decir, el poder o lo que es lo mismo, la Administración, debe estar al servicio de los derechos y obligaciones del ciudadano. La Administración, como poder público o ente público, posee una serie de poderes que un sujeto particular carece por completo de ellos. La potestad es una manifestación de la personalidad consistente en un poder efectivo, atribuido directamente por el ordenamiento, previo e independiente de toda relación jurídica concreta y susceptible de actuar frente a personas que se encuentran en situación de sujeción.

El Estado ya no es un vínculo entre individuos utilizado para los fines e intereses de los individuos. Es cierto que posee una serie de prerrogativas como poder público que es, pero por el contrario deben existir derechos y garantías de los ciudadanos para equilibrar esa supremacía que tiene la Administración.

La Administración es un ente común, una institución que está por encima de los individuos y que persigue intereses que no son la suma de los intereses de algunos individuos, sino que son intereses colectivos y generales. El centro de gravedad se encuentra en el interés público y éste debe estar al servicio de los ciudadanos, no a la inversa. La posición de que el ciudadano es el sujeto que asume, obedece y padece las actuaciones de la Administración debe quedar atrás. Esta premisa es fundamental para entender cómo debe articularse el Derecho Administrativo y hacia dónde debe tender en todo caso.

El administrado y la sociedad en su conjunto ha dejado de ser un mero objeto pasivo, receptor de las actuaciones del Estado para ir adquiriendo poderes en sectores importantes de la sociedad en la que vivimos. Esto también se ha producido por el traslado del centro de poder de la Administración a los particulares en todo lo relacionado con los servicios públicos impropios. En la concepción clásica, la Administración era la encargada de suministrar y ofrecer los servicios que se consideraban esenciales para la ciudadanía y podía encomendar o no la gestión de los mismos a empresas y particulares. Sin embargo, esto fue evolucionando a que las empresas pueden igualmente ofrecer tales servicios básicos y en las mismas condiciones que lo haría la Administración. Por lo que es un claro ejemplo de este cambio de poder.

GARCÍA PELAYO ya se refirió a esta realidad exponiendo que el Estado se ve incapaz de absorber la creciente complejidad de su ambiente y de reaccionar a las transformaciones sociales que van aconteciendo¹⁹.

Otro ejemplo que apunta en esta dirección es que en el régimen de las autorizaciones, el centro de poder también reside en la Administración ya que ésta de forma previa a la realización de la actividad exige del particular que la va a llevar a cabo que éste solicite dicha autorización con la que podrá llevar a cabo la actividad en las condiciones que la Administración le fije. Por lo que la acción de la Administración supone un requisito previo sin el cual el particular no puede realizar la actividad. Sin embargo, con el nuevo régimen de declaración responsable y comunicación previa, el centro de poder ya no reside en la Administración, se ha trasladado al particular ya que éste es el que presenta los documentos donde indica el tipo de actividad a realizar y el cumplimiento de los requisitos exigidos. Por ello, la Administración queda relegada a un plano de supervisión y control posterior a la actividad realizada, ya no se sitúa en el momento previo ni su actuación es un requisito previo.

Se trata de dos ejemplos donde se manifiesta el cambio producido respecto de la posición del Estado y parece que lo aconsejable es de hablar de un Estado cooperativo, de buscar los medios para que el Estado colabore con los agentes sociales. ESTEVE PARDO en este sentido recalca la necesidad de establecer y fijar el concepto de bien común o interés general. Efectivamente, es el concepto clave del Derecho Administrativo ya que la Administración tiene que perseguirlo en todas y cada una de sus actuaciones. Y es un bien común que está por encima de los intereses particulares, lo trasciende. A este respecto, PAREJO ALFONSO expone que “la reticencia al recurso a medios imperativos y de intervención, unida a la mayor dependencia de la colaboración de los particulares, dificulta la influencia en los comportamientos de los actores sociales”²⁰.

2. La nueva realidad del Estado garante.

El Estado por ello debe garantizar ese bien común en todas las situaciones ya que los particulares a pesar de ir asumiendo titularidades y esferas de poder, no tiene la capacidad para” articular, definir y garantizar el bien común”²¹. Es el denominado Estado garante, un Estado que abandona su posición de dominio pero que debe

¹⁹ GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, ed. Alianza, Madrid, 1977 y PAREJO ALFONSO, L., “Estado y proceso de cambio. Del Estado prestacional al garante de la prestación”, *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 33, 2015, pp. 73-98.

²⁰ PAREJO ALFONSO, L., “Estado y proceso de cambio. Del Estado prestacional al garante de la prestación”, cit., p. 82.

²¹ ESTEVE PARDO, J., *La nueva valoración entre Estado y sociedad*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 175.

garantizar el interés general aún cuando la titularidad de los medios está en manos de sujetos privados.

El papel que entonces debe asumir el Estado es garantizar que las actuaciones en manos del sector privado atiendan al interés general, es decir, como si dichas actuaciones las llevara a cabo la Administración. De ahí la denominación de Estado garante, no realiza las actuaciones pero sí garantiza que con ellas se beneficia al máximo número de población. El Estado ha dejado de tener una presencia activa en todos los sectores cediendo el paso a la iniciativa privada. Tiene la misión de “mantener los fines sin disponer de los medios”²², por lo que tiene una responsabilidad de garantía de esas prestaciones sirviendo de instrumento para que las actividades desarrolladas por el sector privado se materialicen persiguiendo en todo caso el interés general.

En este contexto, para referirse a esa realidad surgen conceptos como el de “responsabilidad compartida”²³, el de “gobernanza público-privada”²⁴ o el de “gobernanza cooperativa”²⁵.

El problema, al que se refiere ESTEVE PARDO, es que por esas realidades descritas surge la conveniencia de establecer mecanismos de protección respecto del Estado y de los intereses generales, ya que al estar muchos sectores en manos de particulares, puede haber el riesgo de que los intereses privados pueden prevalecer frente a los intereses generales. De ahí, el autor se refiere a la aplicación a dichos sujetos de las reglas de Derecho público.

Cabe hacer referencia a la STS de 1 de octubre de 2008 en la que se dispone que “la actuación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la resolución del conflicto de interconexión entre los operadores contendientes Amena y Vodafone no requiere de la apelación a las doctrinas civilistas sobre el riesgo imprevisible, la ruptura del equilibrio contractual de la base del negocio o la frustración o novación del contrato por causas que hagan imposible o gravoso su cumplimiento por una de las partes, porque la función del órgano regulador se atiene a lograr el «equilibrio justo entre los intereses de las partes», con el objeto de garantizar los in-

²² ESTEVE PARDO, J., “La Administración garante. Una aproximación”, *Revista de Administración Pública*, 197, 2015, p. 21. Asimismo, véase CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., “Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, 193, 2014, pp. 11-44.

²³ SCHMIDT-ASSMANN, E., “La ciencia del Derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas”, *Revista de Administración Pública*, 171, 2006, pp. 7-34.

²⁴ NOVAK, N. J., “Public-private governance: a historical introduction”, en FREEMAN, J. & MINOW, M. (eds.), *Government by contract*, ed. Harvard University Press, Cambridge, 2009.

²⁵ FREEMAN, J., “Collaborative governance in the administrative state”, *UCLA Law Review*, 45, 1997, pp. 1-99.

tereses públicos vinculados a la salvaguarda de la libre competencia entre empresas y el interés de los usuarios”²⁶ (F. J. 7º).

En este punto, hay sectores que apuntan hacia la autorregulación normativa fundamentalmente en el ámbito internacional en el sentido de que son las empresas y los profesionales de un determinado sector quienes mejor conocen los aspectos que deben regularse destacando los riesgos que existen a diferencia de lo que le ocurre al legislador, el cual se encuentra en muchos ámbitos concretos con dificultades para conocer todas las especificidades técnicas existentes²⁷. Sin embargo, estos estándares privados internacionales encargados de esa regulación deben ser controlados y deben existir garantías en cuanto al procedimiento, la organización y la forma de actuación administrativa.

Por lo tanto, es evidente que nos encontramos ante una administración desbordada y ante una sociedad fortalecida. Y esta realidad obliga a un replanteamiento de las relaciones que se van a crear entre Administración y sociedad ya que los tiempos han cambiado, la sociedad también y el derecho sigue a la realidad y sirve a las personas, tal como dice la frase citada al inicio de este artículo. “El Derecho es una idea cultural y una idea práctica... es un material que depende del contexto en el que vive. No hay un derecho aséptico, objetivo, neutro”²⁸. Constituye un sistema, tal como lo expone la STS de 21 de febrero de 1979, “un sistema unitario y orgánico de reglas, interrelacionadas, que está sometido a un constante proceso de transformación determinado por la aparición continua e incesante de nuevas realidades sociales y culturales de todo orden y esta cualidad dinámica y global del mundo de la juridicidad... no constituye mera construcción teórica en cuanto tiene apoyo positivo en nuestro Derecho”.

ESTEVE PARDO señala dos caminos para la extensión del Derecho público que son, por un lado, el camino objetivo que supone la aplicación del Derecho Público a ciertas relaciones entre particulares cuando ejercitan funciones públicas o un camino subjetivo que supone la concesión de cierto estatus público a sujetos privados que ejercen funciones públicas²⁹.

²⁶ RJ 2008\4601.

²⁷ ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002 y DARNACULLETA I GARDELLA, M., “Autorregulación normativa y derecho a la globalización”, en el vol. col. DARNACULLETA I GARDELLA, M., ESTEVE PARDO, J. y SPIECKER GEN. GÖHMANN, I. (Eds.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 197-216. Igualmente, LAGUNA DE PAZ, J. C., “Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación”, *Revista de Administración Pública*, 185, 2011, pp. 89-112.

²⁸ MARTÍN REBOLLO, L., “El procedimiento como garantía (una reflexión sobre el fortalecimiento de las formas y la reducción de los principios)”, en el vol. col. LÓPEZ MENUDO, F. (Dir.), *Derechos y garantías del ciudadano*, ed. Iustel, Madrid, 2011, p. 788 y MARTÍN REBOLLO, L., “La Administración de garantías: vigencia y limitaciones”, cit.

²⁹ ESTEVE PARDO, J., “La Administración garante. Una aproximación”, cit., p. 35. Igualmente, se refiere a esta función garantista en *Lecciones de Derecho administrativo*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 175.

Si la realización de las actuaciones recae en la iniciativa privada y la Administración debe garantizar que se lleve a cabo de forma correcta, lo que se produce es un aumento o refuerzo de las funciones de dirección, supervisión y control por parte de la Administración. En la privatización de ciertos sectores los sujetos privados llevan a cabo funciones públicas, y “en la medida en que en la privatización funcional cabe hablar, así, de un condominio estatal-sujetos privados sobre las tareas y los cometidos correspondientes, es posible jurídicamente, finalmente, la privatización funcional también de la propia supervisión (dando así lugar a la retención por la Administración de una supervisión superior o última)”³⁰.

WAECHTER expone que se debe crear un marco único para todos los tipos de actuaciones por parte de la Administración que son la intervención, prestación y configuración social. Las ventajas que explica de este modelo, en primer lugar, son la identificación de la situación de concurrencia y complementariedad de la Administración y la sociedad en la satisfacción de las necesidades sociales. En segundo lugar, la integración de todas las formas de actuación de la Administración y asimilación de los procesos de privatización de actividades que anteriormente eran públicas. En tercer lugar, delimitación de la responsabilidad que adquieren los agentes sociales y relaciones de éstos con la Administración y en último lugar, enumeración de los principios que rijan a la Administración que inspiren su actuación³¹.

Por concluir el apartado, también hay voces que apuntan hacia un Estado activador, con origen en Alemania, cuya pretensión es que el Estado posea funciones de dirección y configuración dando protagonismo al tercer sector. El objetivo, por tanto, es que la responsabilidad se comparta entre Estado, economía, tercer sector y ciudadanos.

III. EN BÚSQUEDA DEL EQUILIBRIO: LAS NECESARIAS GARANTÍAS DEL ADMINISTRADO RESPECTO DE LA ADMINISTRACIÓN.

1. Conceptos de deber, derecho subjetivo y sujeción.

El concepto de deber supone que, al igual que la obligación, implica un “comportamiento positivo o negativo que se impone a un sujeto en consideración a intereses que no son los suyos propios, sino los de otro sujeto distinto o los generales de la colectividad”. El deber en sentido estricto tiene su origen directamente en la norma y no en una relación o negocio jurídico concreto; por tanto, frente al gravado por un

³⁰ PAREJO ALFONSO, L., “Estado y proceso de cambio. Del Estado prestacional al garante de la prestación”, cit., p. 97.

³¹ PAREJO ALFONSO, L., “Estado y proceso de cambio. Del Estado prestacional al garante de la prestación”, cit., p. 86.

deber no existe un sujeto titular de un derecho subjetivo. Un ejemplo puede ser el deber de prestar el servicio de agua potable y saneamiento anteponiendo razones de orden social a las de orden económico.

Por derecho subjetivo se entiende que es la “prerrogativa concedida a una persona por el Derecho objetivo y garantizada con vías de derecho, de disponer como dueño de un bien que se reconoce que le pertenece, bien como suyo, bien como debido”³². WINDSCHEID expresa que el derecho subjetivo es un deber o señorío concedido a la voluntad por el ordenamiento jurídico positivo. Para IHERING, siguiendo la teoría del interés, la voluntad es la fuerza motriz del derecho subjetivo, pero éste existe en razón de intereses o fines que el individuo desea alcanzar. A partir de esta observación, IHERING expresa que el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido. El derecho subjetivo se entiende como:

a) como derecho de libertad jurídica (que permite al titular optar entre ejecutar o no una conducta),

b) como poder de creación de derechos y deberes, o poder jurídico (que permite al titular crear nuevos derechos y obligaciones, por ejemplo, el poder para constituir una fundación),

c) como pretensión o derecho a exigir el cumplimiento del deber ajeno (por ejemplo, en el caso del acreedor respecto del deudor),

d) como derecho de cumplir el propio deber (por ejemplo, el derecho del deudor de pagar por consignación cuando el acreedor se rehúsa a cobrarle).

El derecho subjetivo es un poder a favor de un sujeto concreto que puede hacer valer frente a otros sujetos, imponiéndoles obligaciones o deberes, en su interés propio, reconocimiento que implica la tutela judicial de dicha posición.

Analizando esta definición, el derecho a pedir algo sobre otro sujeto, puede ser de un sujeto respecto de la Administración o también de la Administración respecto de un sujeto, ya que la Administración puede exigir que un determinado sujeto le conceda algo en virtud de la relación jurídica existente entre ambos. Este es el caso, por ejemplo, de la relación que se crea por la concesión de una determinada ayuda económica. La Administración concede al sujeto una beca, por ejemplo, con la condición de que dicho sujeto la destine a determinado objetivo con la consiguiente

³² DABIN, J. (ed. MONEREO PE´REZ, J. L.), *El derecho subjetivo*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 130.

obligación de que el sujeto beneficiario le certifique que ha realizado eso que ha justificado la concesión de la beca en cuestión.

Por último, el concepto de sujeción es la eventualidad de soportar consecuencias, normalmente desventajosas, aunque pueden también no serlo, del ejercicio de una potestad.

2. Concepto de garantía como salvaguarda frente a la Administración.

Se entiende por “garantía” la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar el cumplimiento de una obligación. Por ello, aplicado este concepto al Derecho Público, supone diversas protecciones a favor del ciudadano o dicho de otro modo, seguridades institucionales para posibilitar la vigencia de los derechos reconocidos al ciudadano. Parece que realmente cuando se puede hablar de protección integral respecto del ciudadano es al referirnos a la garantía jurisdiccional porque parece que es cuando el derecho puede ser alegado y defendido de manera efectiva por su titular ante el Poder jurisdiccional.

Parece que la defensa de la persona es más una defensa del cliente, de un Derecho Administrativo del cliente ya que los abogados defienden en los pleitos al cliente en particular, a los intereses afectados, nada más.

Las garantías jurídicas tienen por objeto la defensa de los derechos e intereses legítimos de los particulares y son puestas en movimiento a instancia de los interesados, pudiendo exigirse incluso responsabilidades no sólo a los administradores, sino de carácter civil a la Administración, aunque en definitiva salga también ésta gananciosa con la restauración de orden jurídico perturbado. Comprenden dos aspectos: primero, la exigencia de que se proporcione a la Administración un régimen para su actuación, señalando los requisitos de forma, trámites y procedimientos de los actos administrativos; segundo, el establecimiento de los modos de fiscalizar los actos administrativos. Pero la tutela en este segundo aspecto puede serlo en garantías que se basan en la jerarquía administrativa, como el procedimiento administrativo, en la relación de una fiscalización de los actos administrativos por órganos extraños a la Administración, como es el procedimiento jurisdiccional³³.

En esta misma línea, los derechos fundamentales no suponen sólo una barrera frente a la actuación de los poderes públicos sino que también constituyen elementos

³³ HUERGO LORA, A. J., “Las leyes 39 y 40/2015. Su ámbito de aplicación y la regulación de los actos administrativos”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 63, 2016, pp. 4-13.

primordiales del ordenamiento jurídico³⁴. Por lo que la Administración y en general los poderes públicos deben velar para que todos los ciudadanos disfruten de los mismos. De hecho, este es el contenido del artículo 9.2 de la Constitución que establece que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

El reconocimiento de los mismos supone un presupuesto del Estado social y la intervención del Estado en la esfera del particular justamente encuentra su fundamento último en la existencia de tales derechos fundamentales y de su protección, debiendo la Administración intervenir con la menor intensidad posible. Los derechos fundamentales suponen deberes estatales de garantía prestacional. Es decir, por poner un ejemplo, la intervención policial está fundamentada en la preservación de la seguridad y del orden público de los ciudadanos³⁵.

Parece que la función del Estado es que sólo debe hacer aquello que los ciudadanos no pueden realizar por sí mismos, o que no pueden hacer con resultados tan positivos como el Estado.

3. El derecho de defensa como garantía del particular ante la Administración.

En esencia, el derecho de defensa engloba en sí mismo otros derechos como son el derecho a la personación, el derecho a formular alegaciones y el derecho de audiencia con anterioridad a que la Administración dicte su resolución en un determinado procedimiento (arts. 23, 26, 83 y 91 de la LRJPAC).

Teóricamente con estos tres derechos, el particular que se ha visto afectado por una actuación de la Administración, tiene la posibilidad de conocer cuáles han sido las actuaciones concretas que el órgano administrativo ha llevado a cabo. Sin embargo, en la realidad no es del todo así, ya que parece que simplemente con esos derechos el particular puede manifestar su visión de los hechos, plantear su punto de vista respecto de la actuación administrativa pero el conocimiento global y pleno de lo realizado por la Administración no se consigue. En palabras de ESCRIBANO, “el procedimiento administrativo no es transparente para los interesados, difícilmente

³⁴ RIVERO ORTEGA, R., *El Estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, ed. Tecnos, Madrid, 2000, p. 117.

³⁵ LÓPEZ MENUDO, F. (Coord.), *Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno*, ed. Iustel, 2011 y SÁNCHEZ SOCÍAS, L., “Garantías del ciudadano frente a la Administración pública: panorama general”, en el vol. col. *Gobierno y Administración en la Constitución*, ed. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, vol. 2, 1988, pp. 1727-1786.

se conocen y mucho menos se llegan a entender los intereses que defiende la Administración que no se comporta como una parte más explicitando sus pretensiones y argumentos, sino como casi un juez o tribunal, ajeno a las actuaciones practicadas y que fallará no se sabe bien en qué términos³⁶. Por esta razón, surge en la persona una desconfianza ante las actuaciones administrativas que conlleva a éste a dirigirse a los tribunales de justicia para que sean éstos quienes resuelvan las dudas sobre la legalidad o no por parte de la Administración.

Por ello, considero indispensable enfatizar el carácter garantizador del procedimiento administrativo permitiendo asimismo una plena participación real en tal procedimiento. Y por ello, la Administración no debe entenderse como un Tribunal, sino como una parte del procedimiento frente a la que los ciudadanos afectados puedan ejercitar su derecho de defensa.

En relación con la posibilidad que tiene el interesado de impugnar la actuación por parte de la Administración, como decía anteriormente, resulta triste que la vía administrativa no sea lo eficaz que debiera. Como dice PRATS, “lo que interesa al ciudadano es que los recursos administrativos se resuelvan bien, es decir, con celeridad, objetividad y acierto técnico...Lo que interesa realmente a los ciudadanos es que el servicio y sistema de recursos administrativos funcione correctamente³⁷”.

De lo que se trata es que los recursos administrativos sean una garantía real para la persona. Y tal como siempre han estado configurados, y como están en la actualidad, son recursos fundamentados en la jerarquía entre los órganos administrativos intervinientes. Si el órgano autor del acto impugnado tiene un superior jerárquico, éste es el que va a resolver el recurso de alzada interpuesto contra a aquél. En este caso, por lo menos, es otro órgano diferente al autor del acto el que valora la legalidad o no del mismo. Pero en el caso del recurso de reposición, en el que el órgano autor del acto no tiene superior jerárquico, de lo que se trata en esencia es que el mismo órgano revise de nuevo la actuación que él mismo ha decretado. Por lo tanto, desde el prisma de la persona, no es más que un retraso en el tiempo para acceder con posterioridad a la justicia.

En este sentido, se puede citar la STC 60/1989 que establece que la vía administrativa previa tiene sentido por la “conveniencia institucional de dar a la Administración la oportunidad de conocer las pretensiones de sus trabajadores antes de que acudan a la jurisdicción, y evitar así el planteamiento de litigios o conflictos ante los

³⁶ ESCRIBANO COLLADO, P., “Reflexiones sobre la indefensión en el procedimiento administrativo”, cit., p. 547.

³⁷ PRATS CATALÁ, “La reforma del procediment administratiu i del règime de recursos administratius”, en el vol. col. *Potestat normativa, participatió, bens u contractació*, ed. Ajuntament de Barcelona, Barcelona, 1989.

tribunales”. La vía de recurso administrativa es un medio de defensa complementario al judicial, no es un filtro de la vía judicial. Ya hace varios años, T. R. FERNÁNDEZ, al referirse a estos aspectos, señaló que “la diferenciación por sectores es absolutamente esencial para formar un juicio correcto acerca de la utilidad y eficacia reales de la institución, que difícilmente puede ser valorada con acierto desde una perspectiva general”³⁸.

Parece que en la realidad la vía contencioso-administrativa es vista por las personas como la única garantía real de defensa de sus derechos por lo que ha supuesto un aumento muy considerable del número de recursos que se han planteado con todos los problemas de retraso que se plantean. En la propia exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción, se establece que el control de la legalidad de las actividades administrativas puede y debe ejercerse asimismo por otras vías complementarias de la judicial, que sería necesario perfeccionar para evitar la proliferación de recursos innecesarios y para ofrecer fórmulas poco costosas y rápidas de resolución de numerosos conflictos.

Ante esta realidad, se han aprobado diversas leyes con la finalidad de reducir la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos. Tal es el caso de la Ley 37/2011, de 10 de octubre que elevó la cuantía de los asuntos en los que las sentencias y autos son susceptibles de apelación y casación y estableció el criterio de la condena en costas por vencimiento incluso en la primera instancia. Asimismo, la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, exige el pago de una tasa judicial para interponer los recursos contencioso-administrativos y ha suprimido la facultad de los funcionarios de comparecer y defender por sí mismos sus derechos estatutarios ante la jurisdicción con la consecuente obligación de contar con un abogado y si se trata de órganos colegiados con un procurador.

Estas modificaciones legislativas suponen una merma de las garantías que tiene el particular ante la Administración, ya que un gran sector de la población, y más en tiempos de crisis económica como la que nos encontramos, no puedan ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva por carecer de medios económicos y, por lo tanto, se les perjudica su garantía de defensa ante la Administración. En consecuencia, el administrado ve que sus posibilidades de impugnar la actuación de la Administración en vía administrativa no son eficaces por las escasas posibilidades de éxito de sus pretensiones y puede ocurrir que no se pueda plantear dicha impugnación en vía judicial por no ser demasiado solvente desde el punto de vista económico. Por lo tanto, el panorama es desolador.

³⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Reflexiones sobre la utilidad de la vía administrativa de recurso”, *Documentación Administrativa*, 221, 1990, pp. 5-12.

Otra medida que beneficiaría a este sistema de recursos administrativos es que los órganos encargados de resolver no sean ni el superior jerárquico en el caso del recurso de alzada ni el mismo órgano en el caso del recurso potestativo de reposición, sino que fueran órganos separados de esa línea jerárquica, especializados en esas materias, quienes resolvieran los recursos que las personas planteen en vía administrativa. En esa misma línea, otra cuestión también por lo menos cuestionable es el hecho de que para poder impugnar una resolución en la vía judicial sea necesario agotar previamente la vía administrativa, es decir, recurrir dicha resolución ante la Administración. Se convierte en un privilegio para la Administración y en una carga para el ciudadano, afectando claramente al principio de igualdad.

En la línea de proponer soluciones o medios alternativos, se han previsto ya por parte de algunos ámbitos sectoriales otras garantías que sustituyan al sistema clásico de recursos administrativos. Se trata de pensar en “otro tipo de recursos o reclamaciones no judiciales de amplia y fácil accesibilidad, agilidad en la tramitación e independencia en la resolución”³⁹. Un ejemplo puede ser el de la mediación que no ha acabado de implantarse del todo en el Derecho Administrativo, en recurso administrativo especial en materia de contratación pública, el recurso especial ante el Tribunal Administrativo del Deporte, la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, la reclamación ante la Secretaría del Consejo para la Unidad del Mercado⁴⁰. Se trata de casos cuya resolución se encomienda a órganos creados ad hoc y que en la mayoría de los casos están dotados de independencia funcional.

Como decía anteriormente, el derecho de defensa engloba, en primer lugar, el derecho de personación que es el derecho de los interesados de acceder al procedimiento administrativo bien por su propia iniciativa o bien incorporándose con un trámite concreto tras la notificación por parte de la Administración. En este punto, cabe advertir que el tema de la notificación es controvertido ya que constituye uno de los medios de comunicación entre la Administración y el sujeto interesado. Y cuando la notificación no ha tenido lugar o ha sido defectuosa (art. 44 de la vigente Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo), parece que si el interesado ha llevado a cabo las actuaciones correspondientes (por ejemplo, con la interposición de un recurso), la finalidad de la notificación queda cumplida. Sin embargo, esto no debería ser así ya que el conocimiento por parte del interesado del expediente administrativo no se puede presumir si no se ha producido la notificación.

³⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Nuevas garantías de Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, 194, 2014, p. 279.

⁴⁰ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (arts. 44 y ss); Ley Orgánica 3/2013, de 20 de julio, sobre lucha contra el dopaje (art.40); Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (art. 24) y Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

Este derecho de personación está íntimamente ligado al derecho de formular alegaciones y al derecho de audiencia. Parece que ambos derechos pueden resultar reñidos en el sentido que si el sujeto interesado ha hecho suyo el derecho a redactar alegaciones, se le ha posibilitado vías de poder dirigirse a la Administración y plantearle lo que le ha parecido pertinente. Sin embargo, considero que aunque esto haya ocurrido así, no se le puede privar de su derecho de audiencia, ya que con el trámite de alegaciones, el sujeto afectado se pronuncia sobre aspectos concretos del procedimiento con los que no esté totalmente de acuerdo y en un determinado momento del procedimiento. Pero puede que con posterioridad a ese trámite, se lleven a cabo otras actuaciones llevadas a cabo por la Administración y que el sujeto las desconozca. Y para el conocimiento completo de todas las actuaciones realizadas, de todo el expediente administrativo en definitiva, está configurado el trámite de audiencia. Por consiguiente, ambos trámites deben existir y complementarse ya que uno no sustituye al otro.

En este sentido, la proposición y la práctica de la prueba también están ligados al derecho de defensa de los interesados ya que la Administración no puede resolver un procedimiento sin tener en consideración los hechos que se han alegado y que han resultado probados de acuerdo a derecho.

Sin el respeto a todos estos derechos por parte del sujeto interesado, el resultado es la indefensión, algo completamente perjudicial para el sujeto afectado por una actuación de la Administración.

4. El procedimiento administrativo como deber de la Administración y como garantía de defensa para las personas.

El procedimiento administrativo se constituye como el cauce formal a través del cual se formaliza y concreta la actuación de la Administración respecto de un asunto concreto. Y supone para la Administración una obligación ya que sin ese procedimiento, no puede dictar una resolución ya que sería nula de pleno derecho. Y desde el punto de vista del ciudadano, la existencia de este procedimiento supone que desde que se inicia el mismo, por iniciativa del sujeto o por voluntad de la Administración, tiene diferentes momentos o trámites para ejercitar su derecho a la defensa mediante la presentación de alegaciones, proposición de prueba, trámite de vista y audiencia, etc.

El procedimiento administrativo se materializa en un expediente en el que se recogen todos los documentos y trámites que se han llevado a cabo que sirven de fundamento a la resolución administrativa que va a dictar la Administración. Es por ello, que el ciudadano afectado por la misma debe ir conociendo todas las actuaciones

nes que la Administración realiza para poder tener en ese momento la oportunidad de defenderse ante la Administración.

El ciudadano es el interesado en el procedimiento administrativo ya que tal como establece el artículo 4 de la Ley 39/2015, “a) quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos; b) los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte; c) aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva”.

Es en el artículo 13 de esa misma Ley donde se regulan los derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas⁴¹. Si se compara este precepto con el equivalente en la ya derogada LRJPAC se deduce que en la vigente se distinguen, por un lado, los derechos de las personas y, por otro, los derechos de los interesados. De tal forma que en el artículo 13 se dispone que “a) A comunicarse con las Administraciones Públicas a través de un Punto de Acceso General electrónico de la Administración; b) a ser asistidos en el uso de medios electrónicos en sus relaciones con las Administraciones Públicas; c) a utilizar las lenguas oficiales en el territorio de su Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo previsto en esta Ley y en el resto del ordenamiento jurídico; d) al acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el resto del Ordenamiento Jurídico; e) a ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y empleados públicos, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones; f) a exigir las responsabilidades de las Administraciones Públicas y autoridades, cuando así corresponda legalmente; g) a la obtención y utilización de los medios de identificación y firma electrónica contemplados en esta Ley; h) a la protección de datos de carácter personal, y en particular a la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones Públicas; i) cualesquiera otros que les reconozcan la Constitución y las leyes”.

⁴¹ Sobre las novedades respecto del procedimiento administrativo, véase a GALLARDO CASTILLO, M^a J. (Dir.), *Aproximación al nuevo procedimiento administrativo común de la Ley 39/2015: reflexiones y claves para su aplicación*, ed. CEMCI, Madrid, 2016; GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., *La nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común*, ed. El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Madrid, 2016; GUTIÉRREZ COLOMINA, V., “La estructura del procedimiento administrativo común y especialidades”, *Revista de Estudios Locales*, 191, 2016, pp. 160-190; “MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *El régimen jurídico del nuevo procedimiento administrativo común*, ed. Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016; RIVERO ORTEGA, R., *Instituciones de Procedimiento Administrativo Común*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2016 y TORNOS MAS, J., *Estudios sobre las Leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común y 40/2015, del régimen jurídico del sector público*, ed. Atelier, Madrid, 2017.

Y el artículo 53 se refiere exclusivamente a las garantías que el interesado, es decir, el sujeto afectado por la actuación de la Administración, tiene respecto de ella:

“a) a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados; el sentido del silencio administrativo que corresponda, en caso de que la Administración no dicte ni notifique resolución expresa en plazo; el órgano competente para su instrucción, en su caso, y resolución; y los actos de trámite dictados. Asimismo, también tendrán derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos. Quienes se relacionen con las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos, tendrán derecho a consultar la información a la que se refiere el párrafo anterior, en el Punto de Acceso General electrónico de la Administración que funcionará como un portal de acceso. Se entenderá cumplida la obligación de la Administración de facilitar copias de los documentos contenidos en los procedimientos mediante la puesta a disposición de las mismas en el Punto de Acceso General electrónico de la Administración competente o en las sedes electrónicas que correspondan; b) a identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos; c) a no presentar documentos originales salvo que, de manera excepcional, la normativa reguladora aplicable establezca lo contrario. En caso de que, excepcionalmente, deban presentar un documento original, tendrán derecho a obtener una copia autenticada de éste; d) a no presentar datos y documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, que ya se encuentren en poder de las Administraciones Públicas o que hayan sido elaborados por éstas; e) a formular alegaciones, utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico, y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución; f) a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar; g) a actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses; h) a cumplir las obligaciones de pago a través de los medios electrónicos previstos en el artículo 98.2; i) cualesquiera otros que les reconozcan la Constitución y las leyes. 2. Además de los derechos previstos en el apartado anterior, en el caso de procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora, los presuntos responsables tendrán los siguientes derechos: a) A ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudieran imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia; b) a la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario”.

Dentro de las novedades que ha introducido la nueva Ley de Procedimiento⁴², considero que uno de los aciertos puede haber sido la enumeración de los derechos que tiene el particular en general y el interesado en particular, ya que en lo que respecta al resto de modificaciones, ha sido más un cambio de sistemática y estructura más que auténticos cambios de fondo puesto que todo lo relativo a la administración electrónica, por ejemplo, ya había sido regulado por normas anteriores. El Consejo de Estado en su dictamen 275/2015 se pronuncia en estos términos:

“Resulta oportuno hacer notar que el contenido que presenta el anteproyecto es, en líneas generales y desde el punto de vista sustantivo, muy similar al de la vigente Ley 30/1992, en aquellos aspectos de ésta que han quedado incluidos en este proyecto normativo, o, en su caso, prácticamente idéntico al de la Ley 11/2007, en lo relativo al uso de medios electrónicos, incorporando, además, numerosas previsiones actualmente contenidas en las correspondientes normas reglamentarias de desarrollo. En efecto, aun cuando ciertamente la regulación actual se innova en algunos puntos concretos -cabe, por ejemplo y sin ánimo exhaustivo, mencionar el cómputo de los plazos por horas, la extensión al sábado de la condición de día inhábil a efectos de cómputo de plazos, la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, la eliminación del plazo de 3 meses para la impugnación de actos presuntos, el establecimiento de un plazo de 6 meses para los procedimientos de revisión de oficio o la regulación ex novo del procedimiento abreviado, novedades todas éstas a las que han de sumarse las que afectan a la llamada Administración electrónica y la regulación del procedimiento de elaboración de normas-, no pasa desapercibido que la mayoría de los preceptos del anteproyecto reproducen, a veces con ligeras modificaciones, el contenido de las normas que en la actualidad regulan las materias que constituyen su objeto. En realidad, la verdadera innovación de la regulación proyectada radica, como se ha indicado, en el enfoque que inspira la iniciativa, que se traduce en un vuelco sistemático”.

El procedimiento administrativo opera como garantía de legalidad ya que la base de la seguridad jurídica, en base al artículo 9.3 de la Constitución es el procedimiento. Toda modificación en una norma o una actuación administrativa es posible pero sólo si se lleva a cabo cumpliendo y respetando un procedimiento en el que se materialicen los trámites que se llevan a cabo y que son sólo esos los que se van a realizar. De otra forma, se produciría una clara inseguridad jurídica. Lo que

⁴² CAMPOS ACUÑA, M^a C., *El nuevo procedimiento administrativo local tras la Ley 39/2015*, ed. Wolters Kluwer, 2016; FERNÁNDEZ FARRERES, G., “El procedimiento administrativo común en la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre: novedades y algunas cuestiones problemáticas”, *Cuadernos de Derecho Local*, 41, 2016, pp. 14-49 y GALLARDO CASTILLO, M^a J. (Dir.), *Aproximación al nuevo procedimiento administrativo común de la Ley 39/2015: reflexiones y claves para su aplicación*, ed. Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Interprovincial, 2016.

preserva de la arbitrariedad es la observancia de las formas. Y esto es básico, no da lugar a interpretaciones.

CASTILLO BLANCO afirma que “el principio de buena fe, en toda la amplitud de su contenido, requiere, al menos en mayor medida que el principio de protección de confianza, un plano de igualdad en las relaciones y un fraude en éstas debido a una actuación torcida de una de las partes. No son así, como sabemos, las relaciones de la Administración con los ciudadanos, donde el servicio objetivo y eficaz a los intereses generales (art. 103 CE) dota a ésta de potestades y no solamente de derechos...no quiere decir que la Administración pueda actuar arbitrariamente frente a los ciudadanos, ni defraudar la confianza de éstos, ni actuar de una forma sorpresiva... No es el principio de buena fe el que protege dichas relaciones, sino un principio de mayor relevancia constitucional y más propia de la posición institucional de la Administración pública: la seguridad jurídica, que tiene su manifestación en estos concretos aspectos a través del principio de protección de confianza que se ajusta de esa forma a las relaciones de la Administración con los ciudadanos”⁴³.

Como establece la STS de 22 de septiembre de 1990, “el procedimiento administrativo no es un mero ritual tendente a cubrir a un poder desnudo con una vestidura pudorosa que evite el rechazo social. Que no se trata de cubrir impudicias sino de que nos las haya. Porque lo que exige el pudor en las relaciones entre el poder público y los ciudadanos es que el comportamiento de aquél inspire confianza a los administrados”⁴⁴.

5. El silencio administrativo: ¿una garantía para las personas?

El legislador concibe el silencio administrativo como una garantía para el interesado afectado por una actuación de la Administración. Y considero que esta concepción es errónea. Porque lo que es en realidad es un incumplimiento por parte de la Administración de su obligación por resolver, es decir, la Administración tiene un plazo para resolver y concluido el mismo, no dicta resolución. Cuando esa no respuesta es un silencio negativo, el ciudadano entiende que es como si la Administración hubiera dictado una resolución desestimatoria, es decir, como si la Administración le dijera que no a su pretensión. Y es en ese caso, cuando surge la ficción jurídica de crear un acto ficticio con el objetivo de que el ciudadano tenga una base o soporte sobre el que fundamentar su recurso.

En consecuencia, ese silencio no es una garantía para las personas, es un remedio, permítaseme la expresión, para la Administración, ya que se le permite a la

⁴³ CASTILLO BLANCO, F., *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 273-274.

⁴⁴ RJ 1990\7285.

Administración no cumplir con su obligación, puesto que la garantía o el derecho que tiene la persona es que la Administración instruya y resuelva el procedimiento y se pronuncie sobre si procede o no⁴⁵.

Lo que considero es que no debe normalizarse esta vía del silencio ya que lo que debe ser es que la Administración resuelva en plazo. Como expone BAÑO LEÓN, si la Administración ha incumplido con su obligación esencial de contestar, esa infracción no puede acarrear “la obligación del ciudadano de recurrir so pena de consentir un acto inexistente”⁴⁶.

Y en los supuestos donde la inactividad de la Administración da lugar a un silencio positivo, es decir, como si hubiera dictado una resolución estimatoria, es la regla general en los procedimientos iniciados a instancia de parte y esto tampoco parece razonable. En todo caso, este silencio también debe aceptarse en supuestos excepcionales y que la Ley los enumere de forma clara pero no como regla general.

En este sentido, cabe referirse a la STS de 15 de septiembre de 2004, que establece que “no cabe duda que por la vía del silencio no pueden obtenerse facultades, ya sean públicas o privadas, contrarias al ordenamiento jurídico...lo que equivaldría, además, a una transferencia de facultades públicas imposibles de obtener por vía de silencio (art. 43.2.b). En segundo término, porque la falta de resolución en el plazo legal no genera siempre una estimación de la petición, y esto, tanto se efectúe por un particular como por otra Administración, ya que la naturaleza pública de ésta podrá afectar al régimen jurídico del proceso, pero no a sus derechos materiales...En tercer lugar, porque muchas de las peticiones debieron realizarse durante el período de información pública de los proyectos de obras, de tal forma que las reclamaciones que fueron realizadas en este período se ha de entender que no fueron acogidas si a ellas no se atendieron en la aprobación del proyecto, y sería éste el que tuvo que ser recurrido”⁴⁷.

⁴⁵ ALONSO IBÁÑEZ, M. R., “El incumplimiento de la obligación de resolver”, en el vol. col. QUINTANA LÓPEZ, T. y CASARES MARCOS, A. B. (Coords.), *Silencio administrativo. Estudio general y procedimientos especiales*, ed. Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 185-273; BAÑO LEÓN, J. M., “El silencio administrativo: notas sobre un regulación anacrónica”, en el vol. col. SOSA WAGNER, F. (Coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al Prof. Dr. D. Ramón Martín Mateo*, vol. I, ed. Tirant Lo Blanch, 2000, pp. 1343-1364; GÓMEZ PUENTE, M., “El silencio y la inactividad de la Administración”, en el vol. col. QUINTANA LÓPEZ, T. y CASARES MARCOS, A. B. (Coords.), *Silencio administrativo. Estudio general y procedimientos especiales*, ed. Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 23-134; PAREJO ALFONSO, L., *El silencio en la actividad de la Administración Pública*, ed. Tirant Lo Blanch, 2011 y RIVERO YSERN, R., “Obligación de resolver y silencio administrativo”, en el vol. col. RIVERO ORTEGA, R., CALVO SÁNCHEZ, M. D. y FERNANDO PABLO, M. M. (Dirs.), *Instituciones de procedimiento administrativo común: novedades de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, ed. Juruá, 2016, pp. 151-176.

⁴⁶ BAÑO LEÓN, J. M., “El silencio administrativo: notas sobre un regulación anacrónica”, cit., p. 1349.

⁴⁷ RJ 2004\5830.

MENÉNDEZ REXACH igualmente expone que “la inactividad no puede perjudicar a los interesados, en cuanto presupone el incumplimiento por la Administración de su obligación de resolver. Eso tiene una consecuencia práctica muy importante: cuando el silencio es negativo, la Administración no puede invocar la firmeza del acto presunto, por no haber sido recurrido por el particular, sino que éste puede recurrir en cualquier tiempo sin plazo preclusivo para ello”⁴⁸.

La STS de 2 de octubre de 1997 se refería al silencio administrativo en estos términos: “Así en la Sentencia de 18 marzo 1995, se dice que del hecho de que la Administración vulnere el ordenamiento jurídico infringiendo su deber de resolver expresamente las peticiones y recursos de parte, ningún menoscabo puede derivarse para el derecho a la tutela judicial efectiva del administrado, ya que, en definitiva, al ser el acto denegatorio presunto por silencio una ficción legal introducida en beneficio del administrado y no existir, por tanto, acto administrativo propiamente dicho, no puede aplicarse al mismo la calificación de consentido, por razón del tiempo transcurrido y de definitivamente inimpugnabile; sin olvidar, tampoco, que no es razonable primar la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera resuelto y notificado la resolución reglamentariamente”⁴⁹.

La Sentencia de 28 octubre 1996⁵⁰, ha recordado una reiterada doctrina de esta Sala que ha venido a establecer que el silencio no es una opción para que la Administración pueda elegir entre resolver expresamente o no hacerlo, sino una garantía para los administrados frente a la pasividad de los órganos obligados a resolver, garantía de la que se puede hacer uso o esperar a la resolución expresa sin que ello pueda comportar en principio ningún perjuicio al interesado.

Por otra parte, dice también la sentencia citada, el silencio tampoco es un acto administrativo sino una ficción jurídica que deviene innecesaria cuando se produce, aunque sea con retraso, la resolución expresa, reabriéndose con ella el plazo para el recurso jurisdiccional, que no cerró la prolongación del precedente silencio de la Administración.

Dando un paso más la expresada sentencia llega a decir «pero es que, además, a la expresa resolución desestimatoria debidamente notificada, aunque sea de forma tardía, ha de equipararse cualquier actuación de la Administración incurrida en la mora tendente a ejecutar el acto recurrido, con lo que la presunción desestimatoria se confirma». Doctrina de esta Sala que se apoya expresamente en la Sentencia del

⁴⁸ MENÉNDEZ REXACH, A., “El control jurisdiccional de la inactividad de la Administración”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5, 2001, pp. 163-186.

⁴⁹ RJ 1997\7742.

⁵⁰ RJ 1996\9582.

Tribunal Constitucional núm. 6 de 21 enero 1986 y que puede delimitarse diciendo que ante la falta de resolución expresa de la Administración, en el caso de silencio negativo, el interesado puede optar por tener por denegada su pretensión y ejercitar los recursos pertinentes en los plazos legalmente establecidos, contados desde que se presume producida la denegación, o bien, esperar a que la Administración se pronuncie, ya lo haga cumpliendo sus obligaciones y resolviendo expresamente, aunque lo sea con retraso, o simplemente vuelva a confirmar tácitamente aquella primera denegación presunta, intentando ejecutar, incluso de manera simplemente fáctica, al acuerdo ficticiamente adoptado, abriéndose de nuevo, en ambos casos, todos los plazos para su impugnación”.

La STC 220/2003, de 15 de diciembre en relación al silencio administrativo señala que “la Administración no puede verse beneficiada por el incumplimiento de su obligación de resolver expresamente en plazo solicitudes de los ciudadanos, pues este deber entronca con la cláusula del Estado de Derecho (art. 1.1 CE), así como con los valores que proclaman los arts. 24.1, 103.1 y 106.1 CE. Por este motivo, hemos dicho también que el silencio administrativo de carácter negativo se configura como «una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración», de manera que, en estos casos, no puede calificarse de razonable aquella interpretación de los preceptos legales «que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver» [SSTC 6/1986, de 21 de enero; 204/1987, de 21 de diciembre; 180/1991, de 23 de septiembre. Así, con base en la anterior doctrina hemos concluido que «[si el silencio negativo es una institución creada para evitar los efectos paralizantes de la inactividad administrativa, es evidente que ante una resolución presunta de esta naturaleza el ciudadano no puede estar obligado a recurrir, siempre y en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento con el acto presunto, exigiéndosele un deber de diligencia que no le es exigido a la Administración. Deducir de ese comportamiento pasivo — que no olvidemos, viene derivado de la propia actitud de la Administración— un consentimiento con el contenido de un acto administrativo que fue impugnado en tiempo y forma, supone una interpretación absolutamente irrazonable desde el punto de vista del derecho de acceso a la jurisdicción, como contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24.1 CE, pues no debemos descuidar que la Ley no obliga al ciudadano a recurrir un acto presunto y sí a la Administración a resolver, de forma expresa, el recurso presentado» (F. 6)”.

Lo que la nueva Ley de Procedimiento ha establecido al respecto del silencio creo que es un acierto y hasta la entrada en vigor de la misma, era un tema que suscitaba críticas. Me refiero a que ahora el interesado en recurrir un silencio negativo en vía administrativa ya no tiene el plazo de 3 meses que tenía con la LRJPAC (en el caso del

recurso de alzada, “si el acto no fuera expreso el solicitante y otros posibles interesados podrán interponer recurso de alzada en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo” (art. 122.1) y en el caso del recurso de reposición, “si el acto no fuera expreso, el solicitante y otros posibles interesados podrán interponer recurso de reposición en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto” (art. 124.1).

Y esto parece que es ventajoso para el interesado ya que hasta ahora como la Administración tiene la obligación de resolver y notificar, lo decisivo era la notificación ya que a partir de ese momento, el interesado podía recurrir. Y en caso de silencio, desde que éste tuviera efectos. En esos casos, parece que tenía que ser el recurrente quien determinara el momento en el que quería hacer efectivo el juego del silencio administrativo siempre que la Administración no resolviera. De esa manera, parece que se cumplía el principio de tutela judicial efectiva.

Parece que el legislador ha recapacitado y ha suprimido el obstáculo procesal de cumplir un determinado plazo para impugnar el silencio negativo. Y el empeño del legislador debiera ser el que la Administración resuelva en cada procedimiento, incluso obviando la regulación del silencio como forma de terminación del procedimiento administrativo. Sí que el legislador ha dedicado un precepto a la obligación de resolver por parte de la Administración en el artículo 21, pero resulta una obligación leve ya que no se prevé ningún tipo de consecuencia si no la cumple.

En el artículo 53 de la nueva Ley de Procedimiento, el legislador ha perdido la oportunidad de incorporar como un derecho del interesado en el procedimiento administrativo, el derecho a que la Administración resuelva todos los procedimientos que se inicien, bien a instancia del sujeto o bien por propia voluntad de la Administración. No sólo que instruya el procedimiento dando cumplimiento al principio de impulsión de oficio sino que una vez realizados los actos de instrucción, dicte una resolución. Sin embargo, esto no se ha producido con la nueva Ley.

6. El principio de confianza legítima como garantía de igualdad.

Se trata de un principio de suma importancia en nuestro ordenamiento jurídico pero que en la nueva Ley de Procedimiento de 2015, sorprendentemente, ya no aparece regulado⁵¹. Por el contrario, donde sí se regula es en la Ley 40/2015, del

⁵¹ El principio de buena fe o confianza legítima tiene su origen en el Derecho Administrativo alemán (Sentencia de 14 de mayo de 1956 del Tribunal Contencioso-Administrativo de Berlín), y, desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22 de marzo de 1961 y 13 de julio de 1965

Sector público en su artículo 3 donde se regulan los principios generales que deben inspirar la actuación de la Administración pública⁵². Nuevamente, surge aquí el debate sobre la conveniencia o no de las dos leyes, la 39 y la 40, ya que en muchos casos, como el que acabo de reseñar, obedece a error. ¿Por qué este precepto dedicado a los principios inspiradores de la actuación de la Administración no aparece en la Ley 39/2015? ¿Siendo la Ley 39/2015 la ley que regula el procedimiento administrativo, no hubiera tenido sentido incorporar también los principios que rige su actuación? Al final, esta doble regulación da lugar a confusión.

El citado principio rige las relaciones entre las personas y la Administración en un Estado social y democrático de Derecho y proporciona el marco de actuación de los particulares en sus relaciones con los poderes públicos administrativos, caracterizado por las notas de previsibilidad y seguridad jurídica, contempladas en los artículos 9⁵³ y 103⁵⁴ de la Constitución.

(asunto Lemmerz-Werk), constituye un principio general del Derecho Comunitario, que finalmente fue acogido por nuestro Tribunal Supremo desde 1990 y también por nuestra legislación (en concreto, por la Ley 4/1999 de reforma de la Ley 30/1992, de Régimen de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en su artículo 3.1.2.

⁵² Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios:

- a) Servicio efectivo a los ciudadanos.
- b) Simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos.
- c) Participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa.
- d) Racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión.
- e) Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional.
- f) Responsabilidad por la gestión pública.
- g) Planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas.
- h) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados.
- i) Economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales.
- j) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.
- k) Cooperación, colaboración y coordinación entre las Administraciones Públicas

⁵³ Artículo 9 CE: 1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

⁵⁴ 1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho.

Dicho principio rector de la actuación de las Administraciones Públicas expresa la confianza de las personas en que la actuación de las Administraciones Públicas no puede ser alterada arbitrariamente.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1999 recuerda que "este principio no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, o cuando del acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos derechos y/u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma. O, dicho en otros términos, la doctrina invocada de los «actos propios» sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el solo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta.

Una cosa es la irrevocabilidad de los propios actos declarativos de derechos fuera de los cauces de revisión establecidos en la Ley (artículos 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, 106 y 107 de la Ley 9/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) y otra el respeto a la confianza legítima generada por actuación propia que necesariamente ha de proyectarse al ámbito de la discrecionalidad o de la autonomía, no al de los aspectos reglados o exigencias normativas frente a las que, en el Derecho Administrativo, no puede prevalecer lo resuelto en acto o en precedente que fuera contrario a aquéllos. O, en otros términos, no puede decirse que sea legítima la confianza que se deposite en un acto o precedente que sea contrario a norma imperativa"⁵⁵.

GONZÁLEZ PÉREZ, al referirse a los efectos del principio de confianza legítima, señala que actúa como límite al ejercicio de las potestades administrativas, citando la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1991⁵⁶ en la que se enjuicia un supuesto en el que la Administración difundió un escrito al sector econó-

miento pleno a la ley y al Derecho. 2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley. 3. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

⁵⁵ RJ 1999\1633.

⁵⁶ RJ 1991\7520.

mico interesado, en el que se anunciaban los criterios a seguir en un Plan de Reestructuración Industrial, "que si bien no eran jurídicamente vinculantes en el sentido propio del concepto sí representan unos actos externos propios de la Administración, a tener en cuenta el principio constitucional de la "seguridad jurídica" que no puede defraudar el principio jurisprudencial de la "confianza legítima del administrado", proclamado por el Tribunal de la Comunidad Europea y asumido por la jurisprudencia de esta Sala que ahora enjuicia".

Los efectos que produce este principio son que supone un límite al ejercicio de las potestades administrativas. Asimismo, constituye una garantía de la igualdad de trato de las personas por las Administraciones públicas y que éstas no pueden defraudar las esperanzas de las personas y que si se frustran las expectativas legítimas generadas a favor de ellos, se deben resarcir.

En esta misma línea, el Tribunal Supremo ha establecido en diversas sentencias esa misma opinión ya que ha establecido que la confianza del interesado es legítima cuando la Administración lleva a cabo actuaciones concluyentes para que aquél pueda razonablemente entender. Se refiere a que la Administración actúe correctamente (STS de 23 de noviembre de 1984⁵⁷), a que sus expectativas como interesado sean razonables (STS de 28 de febrero de 1989⁵⁸) y a que el interesado haya cumplido sus obligaciones que en cada caso tenga (STS de 30 de junio de 1993⁵⁹).

IV. REFLEXIÓN FINAL.

Mi intención en este artículo ha sido la del estudio de la figura del ciudadano o administrado en el Derecho Administrativo, ya que considero que no se le da el lugar que merece. Como ya se ha dicho, sin personas la Administración no tiene destinatario de sus medidas y actuaciones. Sin él, carece de sentido por completo hablar de Administración Pública.

La segunda idea que quiero destacar es que si la actuación de cualquier Administración es la de perseguir el interés general o el interés público, nuevamente nos topamos con el ciudadano y su beneficio. Los servidores de la Administración no pueden orientar su actuación para su propio beneficio o el beneficio de unos pocos, sino que debe ser el mayor número de población el que resulte beneficiado por la misma. Nuevamente aquí se resalta la figura del ciudadano/persona.

⁵⁷ RJ 1984\5956.

⁵⁸ RJ 1989\1458.

⁵⁹ RJ 1993\4738.

Como tercera reflexión, el Estado ha evolucionado hacia un Estado garante, es decir, un Estado que debe velar porque los prestadores de los servicios, que antes eran prestados por él, se lleven a cabo y también en las mejores condiciones posibles. Debe garantizar que éstos se materialicen en las mismas condiciones que si estuvieran gestionados o prestados por la Administración. Ya no se habla de Estado regulador, donde la persona asume una posición pasiva respecto de las prerrogativas de la Administración sino que estamos ante un Estado garante, donde el sujeto interfiere y se sitúa en una posición activa y reivindicativa, cuando procede, ante la Administración.

Y como última reflexión para concluir, destaco la oportunidad perdida por parte de la nueva Ley de Procedimiento y también de la nueva Ley del Sector Público de haber destacado la figura de las personas como sujeto de Derecho y sus garantías. Además de la crítica que se le puede hacer a estas dos leyes respecto a que ha sido más un cambio de estructura y orden de las mismas más que una auténtica modificación en su contenido. Es cierto que la incorporación de todo lo relacionado con la Administración electrónica es muy novedosa pero no en cuanto a su contenido ya que anteriormente había ya normas que lo regulaban.

Por otro lado, es cierto que ha habido modificaciones respecto de aspectos concretos, tal como he citado anteriormente, pero a mi entender no creo que sean leyes que sitúen a la persona como centro y sentido de esas normas y esto es lo que debiera ser. En definitiva, ¿se encuentra la persona más protegida o con más garantías ante la Administración con las nuevas Leyes de Procedimiento y de Sector Público? Mi respuesta es que no y se supone que las modificaciones legislativas debieran perseguir dicho fin. Concluyo con la frase que cito al principio, “*hominis causa omne ius constitutu est*” (el Derecho está al servicio de las personas”) y en lo que respecta al Derecho Administrativo, las personas son las que dan sentido, las que fundamentan la existencia de la Administración, no nos olvidemos de eso.

V. BIBLIOGRAFÍA.

- ALONSO IBÁÑEZ, M. R., “El incumplimiento de la obligación de resolver”, en el vol. col. QUINTANA LÓPEZ, T. y CASARES MARCOS, A. B. (Coords.), *Silencio administrativo. Estudio general y procedimientos especiales*, ed. Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 185-273.

- BAENA DE ALCÁZAR, M., “Sobre la idea europea de buena administración”, *Noticias de la Unión Europea*, 247-248, 2005, pp. 61- 66.

- BAÑO LEÓN, J. M., “El silencio administrativo: notas sobre un regulación anacrónica”, en el vol. col. SOSA WAGNER, F. (Coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al Prof. Dr. D. Ramón Martín Mateo*, vol. I, ed. Tirant Lo Blanch, 2000, pp. 1343-1364.

- CALVO SÁNCHEZ, M^a D., “Objetivos de la reforma. Ámbito de aplicación. Principios rectores. Derechos de las personas y derechos de los interesados”, en el vol. col. GALLARDO CASTILLO, M^a J. (Dir.), *Aproximación al nuevo procedimiento administrativo común de la Ley 39/2015: reflexiones y claves para su aplicación*, ed. Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Interprovincial, Madrid, 2016, pp. 19-77.

- CAMPOS ACUÑA, M^a C., *El nuevo procedimiento administrativo local tras la Ley 39/2015*, ed. Wolters Kluwer, 2016.

- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., “Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, 193, 2014, pp. 11-44.

- CASTILLO BLANCO, F., *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1998.

- DABIN, J. (ed. MONEREO PE´REZ, J. L.), *El derecho subjetivo*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.

- ESCRIBANO COLLADO, P., “Reflexiones sobre la indefensión en el procedimiento administrativo”, en el vol. col. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (Coord.), *La protección jurídica del ciudadano: (procedimiento administrativo y garantía constitucional): estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, ed. Civitas, Madrid, 1993, pp. 537-552.

- ESTEVE PARDO, J., *La nueva valoración entre Estado y sociedad*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

- ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho administrativo*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2015.

- ESTEVE PARDO, J., “La Administración garante. Una aproximación”, *Revista de Administración Pública*, 197, 2015, pp. 11-39.

- ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002 y DARNACULLETA I GARDELLA, M., “Autorregulación normativa y derecho a la globalización”, en el vol. col. DARNACULLETA I GARDELLA, M., ESTEVE PARDO, J. y SPIECKER GEN. GÖHMANN, I. (Eds.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 197-216.

- FERNÁNDEZ FARRERES, G., “El procedimiento administrativo común en la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre: novedades y algunas cuestiones problemáticas”, *Cuadernos de Derecho Local*, 41, 2016, pp. 14-49.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Reflexiones sobre la utilidad de la vía administrativa de recurso”, *Documentación Administrativa*, 221, 1990, pp. 5-12.

- FREEMAN, J., “Collaborative governance in the administrative state”, *UCLA Law Review*, 45, 1997, pp. 1-99.

- GALLARDO CASTILLO, M^a J. (Dir.), *Aproximación al nuevo procedimiento administrativo común de la Ley 39/2015: reflexiones y claves para su aplicación*, ed. Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Interprovincial, Madrid, 2016.

- GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, ed. Alianza, Madrid, 1977 y PAREJO ALFONSO, L., “Estado y proceso de cambio. Del Estado prestacional al garante de la prestación”, *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 33, 2015, pp. 73-98.

- GÓMEZ PUENTE, M., “El silencio y la inactividad de la Administración”, en el vol. col. QUINTANA LÓPEZ, T. y CASARES MARCOS, A. B. (Coords.), *Silencio administrativo. Estudio general y procedimientos especiales*, ed. Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 23-134.

- GONZÁLEZ PÉREZ, J., “El administrado”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 452, 1966, pp. 9-64.

- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., *La nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común*, ed. El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Madrid, 2016.

- GUILLEM CARRAU, J., “La buena administración en la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa: ¿Más por menos?”, *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, 25, 2011, pp. 69-103.

- GUTIÉRREZ COLOMINA, V., “La estructura del procedimiento administrativo común y especialidades”, *Revista de Estudios Locales*, 191, 2016, pp. 160-190.

- HUERGO LORA, A. J., “Las leyes 39 y 40/2015. Su ámbito de aplicación y la regulación de los actos administrativos”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 63, 2016, pp. 4-13.

- LAGUNA DE PAZ, J. C., “Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación”, *Revista de Administración Pública*, 185, 2011, pp. 89-112.

- LÓPEZ MENUDO, F. (Coord.), *Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno*, ed. Iustel, 2011.

- MARTÍN REBOLLO, L., “La Administración de garantías: vigencia y limitaciones”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 13, 1992, pp. 31-54.

- MARTÍN REBOLLO, L., “El procedimiento como garantía (una reflexión sobre el fortalecimiento de las formas y la reducción de los principios)”, en el vol. col. LÓPEZ MENUDO, F. (Dir.), *Derechos y garantías del ciudadano*, ed. Iustel, Madrid, 2011, pp. 787-796.

- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *El régimen jurídico del nuevo procedimiento administrativo común*, ed. Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “La garantía constitucional del Derecho Administrativo”, en el vol. col. BALADO, M. y GARCÍA REGUERO, J. A., *La Constitución Española de 1978 en su XXV aniversario*, ed. Bosch, Madrid, 2003, pp. 17-27.

- MARTÍN-RETORTILLO BÁCQUER, L., “Dos notas sobre la Carta”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R., *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, ed. Civitas, Madrid, 2002, pp. 183-198.

- MELLADO RUIZ, L., “Principio de buena administración y aplicación indirecta del derecho comunitario: instrumentos de garantía frente a la “comunitarización” de los procedimientos”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 27, 2008, pp. 281-325.

- MENÉNDEZ REXACH, A., “El control jurisdiccional de la inactividad de la Administración”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5, 2001, pp. 163-186.

- MONTIEL, F., “El ciudadano y el administrado”, *Revista de Administración Pública*, 48, 1965, pp. 127-142.

- NOVAK, N. J., “Public-private governance: a historical introduction”, en FREEMAN, J. & MINOW, M. (eds.), *Government by contract*, ed. Harvard University Press, Cambridge, 2009.

- PAREJO ALFONSO, L., *El silencio en la actividad de la Administración Pública*, ed. Tirant Lo Blanch, 2011.

- PAREJO ALFONSO, L., “Estado y proceso de cambio. Del Estado prestacional al garante de la prestación”, *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 33, 2015, pp. 73-98.

- PONCE SOLÉ, J., *El principio de buena administración: discrecionalidad y procedimiento administrativo*, ed. Universitat de Barcelona, Barcelona, 2001.

- RIVERO ORTEGA, R., *El Estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, ed. Tecnos, Madrid, 2000.

- RIVERO ORTEGA, R., *Instituciones de Procedimiento Administrativo Común*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2016.

- RIVERO YSERN, R., “Obligación de resolver y silencio administrativo”, en el vol. col. RIVERO ORTEGA, R., CALVO SÁNCHEZ, M. D. y FERNANDO PABLO, M. M. (Dirs.), *Instituciones de procedimiento administrativo común: novedades de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, ed. Juruá, 2016, pp. 151-176.

- RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, J., *El buen gobierno y la buena administración de las instituciones públicas*, ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

- SÁNCHEZ BLANCO, A., “Del supraconcepto de administrado a la concreción constitucional de colectivos sociales”, en el vol. col. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (Coord.), *La protección jurídica del ciudadano: (procedimiento administrativo y garantía constitucional): estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, ed. Civitas, Madrid, 1993, pp. 341-354.

- SÁNCHEZ MORÓN, M., “Nuevas garantías de Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, 194, 2014, pp. 275-316.

- SÁNCHEZ SOCÍAS, L., “Garantías del ciudadano frente a la Administración pública: panorama general”, en el vol. col. *Gobierno y Administración en la Constitución*, ed. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, vol. 2, 1988, pp. 1727-1786.

- SCHMIDT-ASSMANN, E., “La ciencia del Derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas”, *Revista de Administración Pública*, 171, 2006, pp. 7-34.

- TORNOS MAS, J., *Estudios sobre las Leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común y 40/2015, del régimen jurídico del sector público*, ed. Atelier, Madrid, 2017.

- TORNOS MAS, J., “El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración pública”, en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. D. Lorenzo Martín-Retortillo*, Vol. I, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, pp. 629-642.

- URIARTE RICOTE, M., “El derecho a una buena administración como garantía de un ejercicio de poder democrático”, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*, ed. Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 715-732.

RESEÑA LEGISLATIVA

RESEÑA LEGISLATIVA

Disposiciones de la Unión Europea

Año 2017 (*)

I. ASUNTOS GENERALES, FINANCIEROS E INSTITUCIONALES

En lo que respecta a los Asuntos Generales de la Unión Europea en este tercer cuatrimestre de 2017, se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (DOUE L 283, 31.10.2017, p. 1), se establece una cooperación estructurada permanente, en el marco de la Unión, entre los Estados miembros que cumplan criterios más elevados de capacidades militares, y se fija la lista de los Estados miembros participantes (DOUE L 331, 14.12.2017, p. 57) y se adopta una recomendación por lo que respecta al Estado de Derecho en Polonia (DOUE L 228, 2.09.2017, p. 19).

En cuanto a los Asuntos Financieros de la Unión Europea, se decide la movilización del Fondo de Solidaridad de la Unión Europea para prestar asistencia a Italia (DOUE L 245, 23.09.2017, p. 3), y la movilización del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización en respuesta a una solicitud de Finlandia — EGF/2017/002 FI/Microsoft 2 (DOUE L 245, 23.09.2017, p. 5) y de Italia — EGF/2017/004 IT/Alma-viva (DOUE L 310, 25.11.2017, p. 47).

En los Asuntos Institucionales, se modifica el Reglamento interno del Consejo (DOUE L 348, 29.12.2017, p. 36), y se decide sobre la política de datos abiertos del Consejo y la reutilización de los documentos del Consejo (DOUE L 262, 12.10.2017, p. 1). La Autoridad para los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas registra al Partido de la Izquierda Europea (DOUE C 428, 13.12.2017, p. 17), al Instituto de Demócratas Europeos (DOUE C 409, 1.12.2017, p. 5), a la Fundación Verde Europea (DOUE C 416, 6.12.2017, p. 2), y a la Fundación Europea de Estudios Progresistas (DOUE C 425, 12.12.2017, p. 14).

En lo que se refiere al Tribunal de Justicia de la UE, se nombra a los miembros del comité previsto en el artículo 255 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, entre ellos a D. Carlos Lesmes Serrano para un período de cuatro años a

(*) Subsección preparada por Lucía MILLÁN MORO. Comprende disposiciones generales publicadas en el DOUE, series L y C, durante el 3º cuatrimestre de 2017.

partir del 1 de marzo de 2018 (DOUE L 324, 8.12.2017, p. 50). También se nombra un juez del Tribunal General (DOUE L 236, 14.09.2017, p. 22).

En el Comité Económico y Social Europeo, se nombra a un miembro propuesto por el Reino de España, a D^a María Nikolopoulou, Comisiones Obreras (CC.OO.) (DOUE L 289, 8.11.2017, p. 7).

II. UNIÓN ADUANERA, LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y POLÍTICA COMERCIAL

En lo que respecta a la Unión aduanera y Libre circulación de mercancías, se adopta un reglamento sobre disposiciones técnicas para el desarrollo, el mantenimiento y la utilización de sistemas electrónicos para el intercambio de información y para el almacenamiento de esa información en el marco del Código aduanero de la Unión (DOUE L 297, 15.11.2017, p. 13), y se modifican: el anexo I del Reglamento (CEE) n^o 2658/87 del Consejo relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística y al arancel aduanero común (DOUE L 282, 31.10.2017, p. 1) y el Reglamento de Ejecución (UE) n^o 211/2012, relativo a la clasificación de determinadas mercancías en la nomenclatura combinada (DOUE L 304, 21.11.2017, p. 21). Se derogan: el Reglamento de Ejecución (UE) n^o 876/2014 relativo a la clasificación de determinadas mercancías en la nomenclatura combinada (DOUE L 285, 1.11.2017, p. 1) y el Reglamento de Ejecución (UE) n^o 1212/2014 relativo a la clasificación de determinadas mercancías en la nomenclatura combinada (DOUE L 324, 8.12.2017, p. 1).

También se adoptan varios reglamentos relativos a la clasificación de determinadas mercancías en la nomenclatura combinada (DOUE L 281, 31.10.2017, p. 11; DOUE L 287, 4.11.2017, p. 1; DOUE L 324, 8.12.2017, p. 3; DOUE L 324, 8.12.2017, p. 6; DOUE L 324, 8.12.2017, p. 8; DOUE L 324, 8.12.2017, p. 11; DOUE L 324, 8.12.2017, p. 14) y se modifican: el Reglamento (UE) n^o 1388/2013 relativo a la apertura y modo de gestión de contingentes arancelarios autónomos de la Unión para determinados productos agrícolas e industriales (DOUE L 351, 30.12.2017, p. 1) y el Reglamento (UE) n^o 1387/2013 por el que se suspenden los derechos autónomos del arancel aduanero común sobre algunos productos agrícolas e industriales (DOUE L 351, 30.12.2017, p. 7).

El desarrollo de la Política Comercial suele implicar la celebración o modificación de numerosos tratados internacionales, así se celebra el Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Chile sobre el comercio de productos orgánicos/ecológicos (DOUE L 331, 14.12.2017, p. 1 y 4), y se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, de un Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y el Reino de Noruega sobre preferencias comerciales adicionales en el sector de los productos agrícolas (DOUE L 309, 24.11.2017, p. 1) así como la apertura para 2018

del contingente arancelario aplicable a la importación en la Unión de determinadas mercancías originarias de Noruega que resultan de la transformación de productos agrícolas regulados por el Reglamento (UE) n° 510/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 331, 14.12.2017, p. 36).

Se decide igualmente, la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité de Comercio con respecto a la modificación del anexo XII del Acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Colombia y el Perú, por otra, por la que se establece la lista de las entidades contratantes colombianas con arreglo a las disposiciones del título VI («Contratación pública») (DOUE L 303, 18.11.2017, p. 6), y la celebración del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea e Islandia sobre preferencias comerciales adicionales en el sector de los productos agrícolas (DOUE L 274, 24.10.2017, p. 57 y 58).

Por otra parte, se añade un anexo al Reglamento (UE) 2016/1076 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aplica el régimen previsto para las mercancías originarias de determinados Estados pertenecientes al grupo de Estados de África, del Caribe y del Pacífico (ACP) en los acuerdos que establecen Acuerdos de Asociación Económica o conducen a su establecimiento (DOUE L 237, 15.09.2017, p. 57) y se modifican: el anexo I del Reglamento (UE) 2016/1076 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aplica el régimen previsto para las mercancías originarias de determinados Estados pertenecientes al grupo de Estados de África, del Caribe y del Pacífico (ACP) en los acuerdos que establecen acuerdos de asociación económica o conducen a su establecimiento (DOUE L 237, 15.09.2017, p. 59), y el Reglamento (CE) n° 428/2009 del Consejo, por el que se establece un régimen comunitario de control de las exportaciones, la transferencia, el corretaje y el tránsito de productos de doble uso (DOUE L 334, 15.12.2017, p. 1).

Se adoptan reglamentos: sobre la apertura y el modo de gestión de contingentes arancelarios de la Unión de carne de vacuno y carne de porcino frescas y congeladas originarias de Canadá y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 442/2009 y los Reglamentos de Ejecución (UE) n° 481/2012 y (UE) n° 593/2013 (DOUE L 241, 20.09.2017, p. 1), sobre la apertura y modo de gestión de los contingentes arancelarios de la Unión para determinados productos agrícolas, productos agrícolas transformados y productos de pesca originarios de Canadá (DOUE L 251, 29.09.2017, p. 13), y sobre las excepciones a las normas de origen específicas por productos establecidas en el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra, que se aplican dentro de los límites de los contingentes anuales para determinados productos procedentes de Canadá (DOUE L 255, 3.10.2017, p. 1).

Igualmente se adopta normativa sobre la introducción de medidas comerciales autónomas temporales para Ucrania que complementan las concesiones comerciales amparadas en el Acuerdo de Asociación (DOUE L 254, 30.09.2017, p. 1), y sobre la apertura y modo de gestión de contingentes arancelarios de importación de determinados cereales originarios de Ucrania (DOUE L 313, 29.11.2017, p. 19.)

Además se modifican: el Reglamento (CE) n° 1067/2008 relativo a la apertura y modo de gestión de los contingentes arancelarios comunitarios de trigo blando de todas las calidades excepto de calidad alta, procedente de terceros países, y por el que se establecen excepciones al Reglamento (CE) n° 1234/2007 del Consejo (DOUE L 241, 20.09.2017, p. 12), 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 241, 20.09.2017, p. 15), y el Reglamento (CE) n° 2535/2001 en lo que atañe a las concesiones a los productos lácteos originarios de Canadá (DOUE L 241, 20.09.2017, p. 18). También se adopta un reglamento relativo a la apertura y modo de gestión de contingentes arancelarios de la Unión para determinados pescados y productos de la pesca originarios de Kosovo (DOUE L 277, 27.10.2017, p. 6)

III. POLÍTICA AGRÍCOLA

El desarrollo de la Política Agrícola Común (PAC) implica con frecuencia la celebración, modificación o participación en Tratados internacionales. Así se decide la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea en el seno del Grupo de Trabajo sobre Normas de Calidad Agrícolas de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (GT.7 de la CEPE/ONU), en relación con las propuestas relativas a las normas de calidad aplicables a las frutas y hortalizas (DOUE L 303, 18.11.2017, p. 1).

Respecto a la normativa referida a la financiación de la PAC, se establecen la forma y el contenido de la información contable que debe presentarse a la Comisión con vistas a la liquidación de cuentas del FEAGA y del Feader, así como con fines de seguimiento y elaboración de previsiones (DOUE L 250, 28.09.2017, p. 1), se fijan, para el ejercicio contable de 2018 del FEAGA, los tipos de interés que habrán de aplicarse para calcular los gastos de financiación de las intervenciones consistentes en operaciones de compra, almacenamiento y salida de existencias (DOUE L 258, 6.10.2017, p. 22), 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 292, 10.11.2017, p. 619).

Se modifican: los Reglamentos (UE) n° 1305/2013 relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader), (UE) n° 1306/2013 sobre la financiación, gestión y seguimiento de la política agrícola común, (UE) n° 1307/2013 por el que se establecen normas aplicables a los pagos directos a los agricultores en virtud de los regímenes de ayuda incluidos en el marco de la política agrícola común, (UE) n° 1308/2013 por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios y (UE) n° 652/2014 por el que se establecen disposiciones para la gestión de los gastos relativos a la cadena alimentaria, la salud animal y el bienestar de los animales, y relativos a la fitosanidad y a los materiales de reproducción vegetal (DOUE L 350, 29.12.2017, p. 15), el anexo I del Reglamento (CE) n° 1217/2009 del Consejo por el que se crea una red de información contable agrícola sobre las rentas y la economía de las explotaciones agrícolas en la Unión Europea (DOUE L 328, 12.12.2017, p. 1) y el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/220 de la Comisión, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1217/2009 del Consejo por el que se crea una red de información contable agrícola sobre las rentas y la economía de las explotaciones agrícolas en la Unión Europea (DOUE L 328, 12.12.2017, p. 12). Y se adopta un reglamento relativo al reembolso, con arreglo al artículo 26, apartado 5, del Reglamento (UE) n° 1306/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de los créditos prorrogados del ejercicio de 2017 (DOUE L 312, 28.11.2017, p. 86).

También se modifica el Reglamento (CE) n° 1235/2008, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 834/2007 del Consejo en lo que se refiere a las importaciones de productos ecológicos procedentes de terceros países (DOUE L 266, 17.10.2017, p. 1), se modifica y corrige el Reglamento (CE) n° 1235/2008, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 834/2007 del Consejo en lo que se refiere a las importaciones de productos ecológicos procedentes de terceros países (DOUE L 333, 15.12.2017, p. 29), se modifica el Reglamento (CE) n° 889/2008, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 834/2007 del Consejo sobre producción y etiquetado de los productos ecológicos, con respecto a la producción ecológica, su etiquetado y su control (DOUE L 326, 9.12.2017, p. 42).

El Reglamento (CE) n° 396/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo suele ser objeto de cambios y actualizaciones, así se modifican los anexos II, III y IV en lo relativo a los límites máximos de residuos de *Bacillus amyloliquefaciens* cepa FZB24, *Bacillus amyloliquefaciens* cepa MBI 600, carbón vegetal arcilloso, diclorprop-P, etefón, etridiazol, flonicamid, fluazifop-P, peróxido de hidrógeno, metaldehído, penconazol, espinetoram, tau-fluvalinato y *Urtica* spp. en determinados productos (DOUE L 253, 30.09.2017, p. 1).

Igualmente, el Reglamento (UE) n° 37/2010 se modifica para clasificar la sustancia bromelaína en lo que respecta a su límite máximo de residuos (DOUE L 237, 15.09.2017, p. 67), y para clasificar el límite máximo de residuos de la sustancia alarelina (DOUE L 237, 15.09.2017, p. 69). También se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/6, por el que se imponen condiciones especiales a la importación de piensos y alimentos originarios o procedentes de Japón a raíz del accidente en la central nuclear de Fukushima (DOUE L 294, 11.11.2017, p. 29)

En la regulación por productos, vegetales, cereales, hortícolas, se autoriza la apertura de negociaciones para modificar el Convenio Internacional del Azúcar de 1992 (DOUE L 322, 7.12.2017, p. 29). Se modifican: el Reglamento Delegado (UE) 2017/1165 en lo que se refiere a las medidas excepcionales temporales de ayuda a los productores de melocotones y nectarinas en Grecia, España e Italia (DOUE L 233, 9.09.2017, p. 1), el Reglamento (CE) n° 891/2009 en lo relativo a determinadas disposiciones relativas al primer subperíodo de los contingentes arancelarios de importación 2017/2018 en el sector del azúcar y al régimen de las refinерías a tiempo completo (DOUE L 253, 30.09.2017, p. 32), el Reglamento (CE) n° 606/2009 en lo que respecta a determinadas prácticas enológicas (DOUE L 279, 28.10.2017, p. 25), el Reglamento Delegado (UE) n° 611/2014 que completa el Reglamento (UE) n° 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe a los programas de apoyo al sector del aceite de oliva y de las aceitunas de mesa (DOUE L 279, 28.10.2017, p. 28). Y el Reglamento de Ejecución (UE) n° 615/2014, por el que se establecen las normas de desarrollo del Reglamento (UE) n° 1306/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo y del Reglamento (UE) n° 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los programas de trabajo para sostener los sectores del aceite de oliva y de las aceitunas de mesa (DOUE L 279, 28.10.2017, p. 30).

También se modifican: el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1239 en lo que atañe a determinadas normas en materia de términos y notificaciones de las cantidades incluidas en los certificados en el sector del arroz (DOUE L 279, 28.10.2017, p. 34), el Reglamento Delegado (UE) 2016/1237 en lo que atañe a la naturaleza y el tipo de información que debe notificarse en los certificados en el sector del arroz (DOUE L 279, 28.10.2017, p. 36) y el anexo IV de la Directiva 2000/29/CE del Consejo en lo que respecta al desplazamiento de semillas de *Solanum tuberosum* L. originarias de la Unión (DOUE L 271, 20.10.2017, p. 34).

Se prorrogan: el período de validez de la Decisión de Ejecución (UE) 2016/412, por la que se autoriza a los Estados miembros a conceder excepciones temporales a determinadas disposiciones de la Directiva 2000/29/CE del Consejo en lo que respecta a la madera de fresno originaria de Canadá o transfor-

mada en dicho país (DOUE L 307, 23.11.2017, p. 57), y el período de validez de la Decisión de Ejecución (UE) 2015/179, por la que se autoriza a los Estados miembros a conceder excepciones a determinadas disposiciones de la Directiva 2000/29/CE del Consejo en lo que respecta al material de embalaje de madera de coníferas (Coniferales) en forma de cajas de municiones originarias de los Estados Unidos de América bajo el control del Ministerio de Defensa de los Estados Unidos (DOUE L 309, 24.11.2017, p. 19). Se modifica la Decisión de Ejecución (UE) 2015/789, sobre medidas para evitar la introducción y propagación dentro de la Unión de *Xylella fastidiosa* (Wells et al.) (DOUE L 336, 16.12.2017, p. 31) y se establecen las condiciones de circulación, almacenamiento y transformación de determinados frutos y sus híbridos, originarios de terceros países, con el fin de impedir la introducción en la Unión de determinados organismos nocivos (DOUE L 337, 19.12.2017, p. 60)

En cuanto a la ganadería y aves de corral, se modifica 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 251, 29.09.2017, p. 11; DOUE L 277, 27.10.2017, p. 1; DOUE L 309, 24.11.2017, p. 4; DOUE L 346, 28.12.2017, p. 4). Se modifica el Reglamento (CE) n° 589/2008 de la Comisión en lo que atañe a las normas de comercialización de los huevos de gallinas camperas en los casos en que se restringe el acceso de estas a espacios al aire libre (DOUE L 306, 22.11.2017, p. 6).

Como suele ser habitual, suele haber abundante normativa en relación con la alimentación animal. Así, se modifican los anexos II, IV, VI, VII y VIII del Reglamento (CE) n° 767/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la comercialización y la utilización de los piensos (DOUE L 328, 12.12.2017, p. 3), se modifica el Reglamento (CE) n° 669/2009, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 882/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la intensificación de los controles oficiales de las importaciones de determinados piensos y alimentos de origen no animal (DOUE L 329, 13.12.2017, p. 26). Se autorizan: los preparados de *Pediococcus parvulus* DSM 28875, *Lactobacillus casei* DSM 28872 y *Lactobacillus rhamnosus* DSM 29226 como aditivos en la alimentación de todas las especies animales (DOUE L 269, 19.10.2017, p. 22), la lecitinas líquidas, lecitinas hidrolizadas y lecitinas desengrasadas como aditivos para piensos destinados a todas las especies animales, y por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1007 (DOUE L 333, 15.12.2017, p. 17), el carbonato de hierro (II); cloruro de hierro (III), hexahidratado; sulfato de hierro (II), monohidratado; sulfato de hierro (II), heptahidratado; fumarato de hierro (II); quelato de hierro (II) de aminoácidos, hidratado; quelato de hierro (II) de hidrolizados de proteínas y quelato de hierro (II) de glicina, hidratado, como aditivos en los piensos para todas las especies animales y de dex-

trano de hierro como aditivo en los piensos para lechones y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 1334/2003 y (CE) n° 479/2006 (DOUE L 333, 15.12.2017, p. 41)

También se autorizan: un nuevo uso del preparado de *Lactobacillus acidophilus* (CECT 4529) como aditivo en piensos para pollos de engorde (titular de la autorización Centro Sperimentale del Latte) (DOUE L 326, 9.12.2017, p. 47), un preparado de *Bacillus licheniformis* DSM 28710 como aditivo en la alimentación de pollos de engorde y de pollitas criadas para puesta (titular de la autorización: Huvepharma NV) (DOUE L 269, 19.10.2017, p. 27), el preparado de *Saccharomyces cerevisiae* CNCM I-1079 como aditivo en la alimentación de pollos de engorde y de especies menores de aves de corral para engorde (titular de la autorización: Danstar Ferment AG, representado por Lallemand SAS) (DOUE L 269, 19.10.2017, p. 30), un preparado de endo-1,4-b-xilanasasa (EC 3.2.1.8) producido por *Trichoderma citrinoviride* Bisset (IM SD135) como aditivo en la alimentación de pollitas criadas para puesta y especies menores de aves de corral criadas para puesta (titular de la autorización: Huvepharma NV) (DOUE L 269, 19.10.2017, p. 33), la salinomicina de sodio («Sacox 120 microGranulate» y «Sacox 200 microGranulate») como aditivo en la alimentación de pollos de engorde y de pollitas criadas para puesta y por el que se derogan los Reglamentos (CE) n° 1852/2003 y (CE) n° 1463/2004 (titular de la autorización: Huvepharma NV) (DOUE L 271, 20.10.2017, p. 1), un preparado de *Lactobacillus plantarum* (KKP/593/p y KKP/788/p) y *Lactobacillus buchneri* (KKP/907/p) como aditivo en la alimentación de bovinos y ovinos (DOUE L 269, 19.10.2017, p. 36), un preparado de endo-1,3(4)-beta-glucanasa (EC 3.2.1.6) y endo-1,4-beta-xilanasasa (EC 3.2.1.8) producido por *Aspergillus niger* (NRRL 25541) como aditivo en la alimentación de pollos de engorde, gallinas ponedoras, cerdos de engorde, especies menores de aves de corral y especies porcinas menores para engorde, y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 255/2005 y se deroga el Reglamento (CE) n° 668/2003 (titular de la autorización: Andrés Pinaluba SA) (DOUE L 267, 18.10.2017, p. 1) un preparado de *Pediococcus acidilactici* CNCM MA 18/5M como aditivo en piensos para cerdos de engorde, especies porcinas menores (destetadas y de engorde), pollos de engorde, especies menores de aves de corral de engorde y especies menores de aves de corral ponedoras y a la autorización del uso de dicho aditivo en el agua de beber, y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 2036/2005, (CE) n° 1200/2005 y el Reglamento de Ejecución (UE) n° 413/2013 (titular de la autorización: Danstar Ferment AG, representado por Lallemand SAS) (DOUE L 329, 13.12.2017, p. 33) y del preparado de *Bacillus subtilis* (DSM 5750) y *Bacillus licheniformis* (DSM 5749) como aditivo en piensos para lechones (titular de la autorización: Chr. Hansen A/S) (DOUE L 331, 14.12.2017, p. 19)

Igualmente se autoriza un nuevo uso del preparado de *Bacillus subtilis* (ATCC PTA-6737) como aditivo para la alimentación de cerdas (titular de la autorización: Kemin Europa N.V.) (DOUE L 326, 9.12.2017, p. 50), un nuevo uso del preparado de *Bacillus subtilis* C-3102 (DSM 15544) como aditivo para la alimentación de cerdas, lechones lactantes y perros (titular de la autorización: Asahi Calpis Wellness Co. Ltd, representado por Asahi Calpis Wellness Co. Ltd Europe Representative Office) (DOUE L 331, 14.12.2017, p. 41), y un nuevo uso de un preparado de 6-fitasa (EC 3.1.3.26) producida por *Komagataella pastoris* (DSM 23036) como aditivo en los piensos para peces (titular de la autorización: Huvepharma EOOD) (DOUE L 326, 9.12.2017, p. 44). Se modifican: el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/329 con respecto al nombre del titular de la autorización de 6-fitasa (DOUE L 319, 5.12.2017, p. 28), y el Reglamento (CE) n° 900/2009 en lo relativo a la caracterización de la seleniometonina producida por *Saccharomyces cerevisiae* CNCM I-3399 (DOUE L 319, 5.12.2017, p. 78).

Por otra parte, se complementa el Reglamento (UE) 2016/1012 del Parlamento Europeo y del Consejo, en cuanto al contenido y al formato de los certificados zootécnicos expedidos para animales reproductores de raza pura de la especie equina, que figuran en un documento de identificación permanente y único de los équidos (DOUE L 275, 25.10.2017, p. 1), se modifica el anexo E de la Directiva 92/65/CEE del Consejo en lo que respecta al certificado sanitario para los intercambios comerciales de abejas y abejorros (DOUE L 306, 22.11.2017, p. 28). También se establecen las especificaciones de formato del pasaporte fitosanitario para los traslados en el territorio de la Unión y del pasaporte fitosanitario para la introducción y los traslados en una zona protegida (DOUE L 331, 14.12.2017, p. 44).

Se deroga la Decisión 92/176/CEE relativa a los mapas geográficos que han de preverse a efectos de la red «ANIMO» (DOUE L 331, 14.12.2017, p. 78), se modifican: el anexo VII del Reglamento (CE) n° 882/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los controles oficiales efectuados para garantizar la verificación del cumplimiento de la legislación en materia de piensos y alimentos y la normativa sobre salud animal y bienestar de los animales, en lo relativo a la lista de laboratorios de referencia de la Unión (DOUE L 348, 29.12.2017, p. 34), la Decisión de Ejecución 2013/426/UE, relativa a medidas para impedir la introducción en la Unión del virus de la peste porcina africana procedente de terceros países o partes del territorio de terceros países en los que se ha confirmado la presencia de dicha enfermedad y por la que se deroga la Decisión 2011/78/UE (DOUE L 261, 11.10.2017, p. 22), 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 261, 11.10.2017, p. 26), las Decisiones 2006/415/CE y 2007/25/CE y la Decisión

de Ejecución 2013/657/UE, relativas a determinadas medidas de protección en relación con la gripe aviar de alta patogenicidad (DOUE L 342, 21.12.2017, p. 13).

Además, se modifica la Decisión 93/52/CEE por lo que respecta a la calificación de determinadas regiones de España como indemnes de brucelosis (*Brucella melitensis*), la Decisión 2003/467/CE por lo que respecta a la calificación de Chipre y de determinadas regiones de España como oficialmente indemnes de brucelosis bovina y por lo que respecta a la calificación de Italia como oficialmente indemne de leucosis bovina enzoótica, y la Decisión 2005/779/CE por lo que respecta a la calificación de la región de Campania (Italia) como indemne de enfermedad vesicular porcina (DOUE L 269, 19.10.2017, p. 46) y la Decisión de Ejecución (UE) 2016/1918, relativa a determinadas medidas de salvaguardia frente a la caquexia crónica (DOUE L 307, 23.11.2017, p. 58).

En lo que se refiere a la leche y productos de la ganadería, se adopta un reglamento relativo al precio mínimo de venta de la leche desnatada en polvo para la decimoquinta licitación parcial en el marco del procedimiento de licitación abierto por el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/2080 (DOUE L 333, 15.12.2017, p. 46) y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/2080 en lo que respecta a la fecha de entrada en almacén de la leche desnatada en polvo vendida mediante un procedimiento de licitación (DOUE L 336, 16.12.2017, p. 22)

IV. POLÍTICA PESQUERA

En el ámbito de la Política de Pesca, suele ser necesaria para la Unión Europea la celebración de Tratados internacionales de pesca, sobre distintos aspectos de la misma. A estos efectos se decide la firma, en nombre de la Unión, y la aplicación provisional del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de colaboración en el sector pesquero entre la Unión Europea y la República de Mauricio (DOUE L 279, 28.10.2017, p. 1 y 3)

En cuanto al régimen general de la pesca y flotas pesqueras, se modifica el Reglamento (UE) n° 508/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la distribución de los fondos en régimen de gestión directa entre los objetivos de la política marítima integrada y de la política pesquera común (DOUE L 256, 4.10.2017, p. 1). Se modifican además: el Reglamento (UE) n° 1380/2013 sobre la política pesquera común (DOUE L 302, 17.11.2017, p. 1), el Reglamento Delegado (UE) 2015/242 por el que se establecen las normas detalladas de funcionamiento de los consejos consultivos en virtud de la política pesquera común. (DOUE L 239, 19.09.2017, p. 1), se deroga el Reglamento (UE) n° 1013/2010 por el que se establecen las normas de aplicación de la política de flotas pesqueras de la Unión definida en el capítulo III del Reglamento (CE) n° 2371/2002 del Consejo (DOUE L 248,

27.09.2017, p. 1), se modifica la Decisión de Ejecución (UE) 2016/1138 en lo que se refiere a determinados plazos para la utilización de normas del CEFAC/ONU en el intercambio de información relativa a la pesca (DOUE L 324, 8.12.2017, p. 55), y se adopta un reglamento sobre la gestión sostenible de las flotas pesqueras exteriores y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1006/2008 del Consejo (DOUE L 347, 28.12.2017, p. 81)

La protección del medio marino y las cuotas generales de pesca son también objeto de regulación en este cuatrimestre, y así se establecen medidas de gestión, conservación y control aplicables en la zona del Convenio de la Comisión Internacional para la Conservación del Atún Atlántico (CICAA), y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 1936/2001, (CE) n° 1984/2003 y (CE) n° 520/2007 del Consejo (DOUE L 315, 30.11.2017, p. 1), se deroga la Decisión de Ejecución 2014/715/UE, por la que se identifica a un tercer país que la Comisión considera tercer país no cooperante conforme al Reglamento (CE) n° 1005/2008 del Consejo por el que se establece un sistema comunitario para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (Sri Lanka) (DOUE L 276, 26.10.2017, p. 62).

Se añaden a las cuotas de pesca de 2017 determinadas cantidades retenidas en el año 2016 de conformidad con el artículo 4, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 847/96 del Consejo (DOUE L 247, 26.09.2017, p. 1), se efectúan deducciones de las cuotas de pesca disponibles para determinadas poblaciones en 2017 a causa de la sobrepesca practicada en años anteriores en otras poblaciones y por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1345 (DOUE L 331, 14.12.2017, p. 23). Se establecen, para 2018, las posibilidades de pesca de determinadas poblaciones y grupos de poblaciones de peces en el mar Báltico y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2017/127 (DOUE L 281, 31.10.2017, p. 1), se establecen, para 2018, las posibilidades de pesca aplicables a determinadas poblaciones y grupos de poblaciones de peces en el mar Negro (DOUE L 337, 19.12.2017, p. 1). Se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2016/2374, por el que se establece un plan de descartes para determinadas pesquerías demersales en aguas suroccidentales (DOUE L 306, 22.11.2017, p. 2), se proroga la excepción a lo dispuesto en el Reglamento (CE) n° 1967/2006 del Consejo en lo concerniente a la distancia mínima de la costa y la profundidad marina mínima en el caso de los arrastreros de «volantina» que faenan en las aguas territoriales de Eslovenia (DOUE L 340, 20.12.2017, p. 32).

Se modifican: el Reglamento (UE) n° 468/2010, por el que se establece la lista de la UE de los buques que practican una pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (DOUE L 307, 23.11.2017, p. 14), el Reglamento (CE) n° 2074/2005 en lo que se refiere a los controles oficiales de los productos de la pesca capturados por buques que enarbolan pabellón de un Estado miembro e introducidos en la Unión después

de haber transitado por terceros países, y se establece un modelo de certificado sanitario para dichos productos (DOUE L 281, 31.10.2017, p. 21) y el Reglamento de Ejecución (UE) n° 743/2013, que introduce medidas de salvaguardia relativas a las importaciones de moluscos bivalvos procedentes de Turquía y destinados al consumo humano (DOUE L 337, 19.12.2017, p. 26)

En lo que se refiere a las limitaciones de pesca a la flota española, se prohíbe la pesca de granadero de roca en aguas de la Unión y aguas internacionales de las zonas Vb, VI y VII (DOUE L 324, 8.12.2017, p. 37), de rabil en la zona de competencia de la CAOI (DOUE L 336, 16.12.2017, p. 4), de atún blanco del norte en el océano Atlántico, al norte del paralelo 5° N, (DOUE L 336, 16.12.2017, p. 6) y de rayas en aguas de la Unión de las zonas VIa, VIb, VIIa-c y VIIe-k (DOUE L 336, 16.12.2017, p. 18)

V. LIBRE CIRCULACION DE LOS TRABAJADORES, POLÍTICA SOCIAL Y DE EMPLEO

En lo que se refiere a la Libre Circulación de los Trabajadores, la Política Social y de Empleo, se modifica la Directiva 2004/37/CE relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo (DOUE L 345, 27.12.2017, p. 87) y se modifica la Decisión de Ejecución 2014/190/UE en lo que se refiere al desglose anual de los recursos de la asignación específica para la Iniciativa sobre Empleo Juvenil por Estado miembro, junto con la lista de regiones que pueden optar a financiación (DOUE L 344, 23.12.2017, p. 41)

VI. DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En relación al Derecho de Establecimiento y Libre prestación de Servicios, se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2015/35 en relación con el cálculo del capital reglamentario obligatorio para determinadas categorías de activos mantenidos por las empresas de seguros y reaseguros (sociedades de infraestructuras) (DOUE L 236, 14.09.2017, p. 14) y se establece información técnica para el cálculo de las provisiones técnicas y los fondos propios básicos a efectos de la presentación de información con fecha de referencia comprendida entre el 30 de septiembre de 2017 y el 30 de diciembre de 2017 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 (DOUE L 296, 14.11.2017, p. 1)

La Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo se completa en lo que respecta a los requisitos de control y gobernanza de los productos aplicables a las empresas de seguros y los distribuidores de seguros (DOUE L 341, 20.12.2017, p. 1), y en lo que respecta a los requisitos de información y las normas de conducta aplicables a la distribución de productos de inversión basados en seguros (DOUE L 341, 20.12.2017, p. 8).

En relación con la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo se modifica y corrige el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/2450, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con las plantillas para la presentación de información a las autoridades de supervisión (DOUE L 310, 25.11.2017, p. 3) y se modifica y corrige el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/2452, por el que se establecen normas técnicas de ejecución relativas a los procedimientos, formatos y plantillas del informe sobre la situación financiera y de solvencia (DOUE L 310, 25.11.2017, p. 30)

Por otra parte, se completan las Directivas 2004/39/CE y 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación con el fin de establecer una lista exhaustiva de la información que los adquirentes propuestos deben incluir en la notificación de la propuesta de adquisición de una participación cualificada en una empresa de inversión (DOUE L 276, 26.10.2017, p. 32), la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo se completa en lo que respecta a las normas técnicas de regulación sobre la información y los requisitos necesarios para la concesión de autorizaciones a empresas de servicios de inversión (DOUE L 276, 26.10.2017, p. 4), y de conformidad con la misma: se establecen normas técnicas de ejecución con respecto a los formularios, las plantillas y los procedimientos para el proceso de consultas entre las autoridades competentes pertinentes en relación con la notificación de una adquisición propuesta de una participación cualificada en una empresa de inversión (DOUE L 276, 26.10.2017, p. 12), se establecen normas técnicas de ejecución en relación con las notificaciones presentadas por empresas de servicios de inversión solicitantes o autorizadas, o destinadas a ellas (DOUE L 276, 26.10.2017, p. 22). Se modifica el Reglamento (UE) 2017/565 en lo que respecta a la especificación de la definición de los internalizadores sistemáticos a efectos de la Directiva 2014/65/UE (DOUE L 329, 13.12.2017, p. 4) y se establecen normas técnicas de ejecución relativas a modelos de formularios, plantillas y procedimientos para la transmisión de información de conformidad con la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 340, 20.12.2017, p. 6).

Y de conformidad con la misma Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, se decide sobre la equivalencia del marco jurídico y de supervisión

de Australia aplicable a los mercados financieros (DOUE L 331, 14.12.2017, p. 81), la equivalencia del marco jurídico y de supervisión aplicable a los operadores de mercados organizados en la Región Administrativa Especial de Hong Kong (DOUE L 331, 14.12.2017, p. 87), la equivalencia del marco jurídico y de supervisión de los Estados Unidos de América aplicable a los mercados nacionales de valores y a los sistemas alternativos de negociación (DOUE L 331, 14.12.2017, p. 94), la equivalencia del marco jurídico y de supervisión aplicable a los mercados de valores en Suiza (DOUE L 344, 23.12.2017, p. 52).

También se modifica 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 346, 28.12.2017, p. 1), se completa la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación para la cooperación y el intercambio de información entre las autoridades competentes en relación con el ejercicio del derecho de establecimiento y la libertad de prestación de servicios de las entidades de pago (DOUE L 294, 11.11.2017, p. 1) y se modifica el anexo V de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que respecta a los títulos de formación y las denominaciones de las formaciones (DOUE L 317, 1.12.2017, p. 119).

VII. POLÍTICA DE TRANSPORTES

En el ámbito de la Política de Transportes también es frecuente la celebración de Tratados internacionales, y así se decide la firma en nombre de la Unión Europea, y la aplicación provisional del Tratado constitutivo de la Comunidad del Transporte (DOUE L 278, 27.10.2017, p. 1 y 3). El Comité Mixto de Transporte Aéreo Unión Europea/Suiza instituido por el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre el transporte aéreo, sustituye el anexo del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre el transporte aéreo [2017/2465] (DOUE L 348, 29.12.2017, p. 46).

En los ámbitos más generales de la Política de Transportes, se derogan los Reglamentos (CE) n° 2888/2000 y (CE) n° 685/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CEE) n° 1101/89 del Consejo (DOUE L 284, 31.10.2017, p. 12).

En relación a los transportes aéreos, se modifican: el Reglamento (UE) n° 255/2010 de la Comisión en lo que respecta a determinadas referencias a las disposiciones de la OACI (DOUE L 304, 21.11.2017, p. 45), el Reglamento de Ejecución (UE) n° 1079/2012 de la Comisión en lo que respecta a determinadas referencias a las disposiciones de la OACI (DOUE L 304, 21.11.2017, p. 47), y el Reglamento (CE) n° 474/2006 en lo que respecta a la lista de las compañías aéreas cuya explotación

queda prohibida o cuya explotación queda sujeta a restricciones dentro de la Unión (DOUE L 318, 2.12.2017, p. 1). Se modifica la Directiva 2003/87/CE con objeto de mantener las limitaciones actuales del ámbito de aplicación para las actividades de la aviación y preparar la aplicación de una medida de mercado mundial a partir de 2021 (DOUE L 350, 29.12.2017, p. 7) y se decide la conformidad de las tarifas unitarias de 2017 para las zonas de tarificación en virtud del artículo 17 del Reglamento de Ejecución (UE) n° 391/2013 (DOUE L 337, 19.12.2017, p. 83).

En el sector de los transportes por carretera, se complementa la Directiva 2010/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere al suministro de servicios de información sobre desplazamientos multimodales en toda la Unión (DOUE L 272, 21.10.2017, p. 1), se modifica la Directiva 2010/40/UE en lo que se refiere al plazo para la adopción de actos delegados (DOUE L 340, 20.12.2017, p. 1) y se adopta un reglamento relativo a las normas detalladas sobre los procedimientos de notificación de vehículos comerciales con deficiencias graves o peligrosas identificadas en inspecciones técnicas en carretera (DOUE L 314, 30.11.2017, p. 3).

El transporte marítimo y fluvial, también es objeto de regulación en este cuatrimestre, y así se modifican: la Directiva 2009/45/CE sobre las reglas y normas de seguridad aplicables a los buques de pasaje (DOUE L 315, 30.11.2017, p. 40), y la Directiva 98/41/CE del Consejo, sobre el registro de las personas que viajan a bordo de buques de pasaje procedentes de puertos de los Estados miembros de la Comunidad o con destino a los mismos, y la Directiva 2010/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las formalidades informativas exigibles a los buques a su llegada o salida de los puertos de los Estados miembros (DOUE L 315, 30.11.2017, p. 52). Y se adoptan dos directivas, una sobre un sistema de inspecciones para garantizar la seguridad en la explotación de buques de pasaje de transbordo rodado y naves de pasaje de gran velocidad en servicio regular y por la que se modifica la Directiva 2009/16/CE y se deroga la Directiva 1999/35/CE del Consejo (DOUE L 315, 30.11.2017, p. 61) y otra relativa al reconocimiento de las cualificaciones profesionales en la navegación interior y por la que se derogan las Directivas 91/672/CEE y 96/50/CE del Consejo (DOUE L 345, 27.12.2017, p. 53).

En cuanto al transporte ferroviario, se sustituye el anexo VII de la Directiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un espacio ferroviario europeo único (DOUE L 295, 14.11.2017, p. 69) y se adopta un reglamento relativo al acceso a las instalaciones de servicio y a los servicios ferroviarios conexos (DOUE L 307, 23.11.2017, p. 1).

VIII. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

En lo que se refiere a derechos compensatorios y antidumping, se modifica el Reglamento (UE) 2016/1036, relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping por parte de países no miembros de la Unión Europea, y el Reglamento (UE) 2016/1037, sobre la defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de países no miembros de la Unión Europea (DOUE L 338, 19.12.2017, p. 1).

Se modifican el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/366 y el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/367, por los que se establecen derechos compensatorios y antidumping definitivos sobre las importaciones de módulos fotovoltaicos de silicio cristalino y componentes clave (a saber, células) originarios o procedentes de la República Popular China, y por el que se deroga la Decisión de Ejecución 2013/707/UE, que confirma la aceptación de un compromiso propuesto en relación con los procedimientos antidumping y antisubvenciones relativos a las importaciones de módulos fotovoltaicos de silicio cristalino y componentes clave (como células) originarios o procedentes de la República Popular China durante el período de aplicación de las medidas definitivas (DOUE L 238, 16.09.2017, p. 22), se denuncia la aceptación del compromiso de un productor exportador con arreglo a la Decisión de Ejecución 2013/707/UE, que confirma la aceptación de un compromiso propuesto en relación con los procedimientos antidumping y antisubvenciones relativos a las importaciones de módulos fotovoltaicos de silicio cristalino y componentes clave (como células) originarios o procedentes de la República Popular China durante el período de aplicación de las medidas definitivas (DOUE L 241, 20.09.2017, p. 21) y se amplía el derecho antidumping definitivo establecido por el Reglamento (CE) nº 925/2009 del Consejo sobre las importaciones de determinadas hojas de aluminio originarias de la República Popular China a las importaciones de determinadas hojas de aluminio ligeramente modificadas (DOUE L 316, 1.12.2017, p. 17)

Se imponen derechos antidumping definitivos a diversos productos originarios de la República Popular China, así sobre las importaciones de carbonato de bario (DOUE L 250, 28.09.2017, p. 34), sobre las importaciones de ácido tricloroisocianúrico (DOUE L 319, 5.12.2017, p. 10), sobre las importaciones de artículos de cerámica para el servicio de mesa o de cocina (DOUE L 273, 24.10.2017, p. 4; DOUE L 314, 30.11.2017, p. 31), sobre las importaciones de baldosas de cerámica (DOUE L 307, 23.11.2017, p. 25), sobre las importaciones de hilados de alta tenacidad de poliésteres (DOUE L 337, 19.12.2017, p. 24), sobre las importaciones de transpaletas manuales y sus partes esenciales (DOUE L 314, 30.11.2017, p. 12), se restablece un derecho antidumping definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de determinado calzado con parte superior de cuero origi-

nario de la República Popular China y Vietnam y fabricado por Dongguan Luzhou Shoes Co. Ltd, Dongguan Shingtak Shoes Co. Ltd, Guangzhou Dragon Shoes Co. Ltd, Guangzhou Evervan Footwear Co. Ltd, Guangzhou Guangda Shoes Co. Ltd, Long Son Joint Stock Company y Zhaoqing Li Da Shoes Co. Ltd, y se ejecuta la sentencia del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C-659/13 y C-34/14 (DOUE L 285, 1.11.2017, p. 14). Se restablece un derecho antidumping definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de determinado calzado con parte superior de cuero originario de la República Popular China y de Vietnam y fabricado por determinados productores exportadores de estos dos países, y se ejecuta la sentencia del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C-659/13 y C-34/14 (DOUE L 319, 5.12.2017, p. 30).

También se establece un derecho antidumping definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de biodiésel originario de Argentina e Indonesia (DOUE L 239, 19.09.2017, p. 9), un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de determinados tejidos de malla abierta hechos de fibra de vidrio originarios de la República Popular China, ampliado a las importaciones de determinados tejidos de malla abierta hechos de fibra de vidrio procedentes de la India, Indonesia, Malasia, Taiwán y Tailandia (DOUE L 288, 7.11.2017, p. 4), se amplía el derecho compensatorio y antidumping definitivo establecido a las importaciones de módulos fotovoltaicos de silicio cristalino y componentes clave (a saber, células) originarios o procedentes de la República Popular China, a las importaciones de módulos fotovoltaicos de silicio cristalino y componentes clave (a saber, células) procedentes de Malasia y de Taiwán, tanto si se declaran originarios de Malasia o de Taiwán como si no (DOUE L 289, 8.11.2017, p. 1).

Se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de biodiésel originario de los Estados Unidos de América tras una reconsideración por expiración de conformidad con el artículo 11, apartado 2, del Reglamento (CE) nº 1225/2009 del Consejo (DOUE L 245, 23.09.2017, p. 1) y un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de determinados productos planos laminados en caliente de hierro, de acero sin alear o de los demás aceros aleados, originarios de Brasil, Irán, Rusia y Ucrania y se da por concluida la investigación en relación con las importaciones de determinados productos planos laminados en caliente de hierro, de acero sin alear o de los demás aceros aleados originarios de Serbia (DOUE L 258, 6.10.2017, p. 24).

En cuanto a las ayudas de Estado a España, se autoriza una ayuda, en un caso con respecto al cual la Comisión no presenta objeciones (DOUE C 442, 22.12.2017, p. 1), y tres ayudas a Comunidades Autónomas, Asturias (DOUE C 422, 8.12.2017, p. 1) Castilla-La Mancha (DOUE C 307, 15.09.2017, p. 7) y País Vasco (DOUE C 380, 10.11.2017, p. 1).

IX. FISCALIDAD

En materia de Fiscalidad, se decide la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo entre la Unión Europea y el Reino de Noruega en materia de cooperación administrativa, lucha contra el fraude y cobro de créditos en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido (DOUE L 340, 20.12.2017, p. 4)

Se modifican: el Reglamento (UE) n° 904/2010 relativo a la cooperación administrativa y la lucha contra el fraude en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido (DOUE L 348, 29.12.2017, p. 1), el Reglamento de Ejecución (UE) n° 282/2011 por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (DOUE L 348, 29.12.2017, p. 32) el Reglamento de Ejecución (UE) n° 1189/2011 en lo que respecta a la comunicación de las peticiones de asistencia y el seguimiento de dichas peticiones (DOUE L 279, 28.10.2017, p. 38) y el Reglamento (CE) n° 3199/93 relativo al reconocimiento mutuo de procedimientos para la desnaturalización completa del alcohol a efectos de su exención de los impuestos especiales (DOUE L 320, 6.12.2017, p. 6).

Se adopta una directiva relativa a los mecanismos de resolución de litigios fiscales en la Unión Europea (DOUE L 265, 14.10.2017, p. 1) y se modifican la Directiva 2006/112/CE y la Directiva 2009/132/CE en lo referente a determinadas obligaciones respecto del impuesto sobre el valor añadido para las prestaciones de servicios y las ventas a distancia de bienes (DOUE L 348, 29.12.2017, p. 7)

X. POLÍTICA ECONÓMICA Y MONETARIA Y LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

En la Política Económica y Monetaria y la Libre circulación de capitales, y en relación con el Banco Central Europeo, se modifican: el Reglamento (UE) n° 795/2014 sobre los requisitos de vigilancia de los sistemas de pago de importancia sistémica (BCE/2017/32) (DOUE L 299, 16.11.2017, p. 119), el Reglamento (CE) n° 2157/1999 sobre las competencias del Banco Central Europeo para imponer sanciones (BCE/2017/34) (DOUE L 299, 16.11.2017, p. 22), la Decisión BCE/2010/9 sobre el acceso a ciertos datos de TARGET2 y su utilización (BCE/2017/29) (DOUE L 295, 14.11.2017, p. 86), la Decisión BCE/2007/7 relativa a las condiciones de TARGET2-ECB (BCE/2017/30) (DOUE L 295, 14.11.2017, p. 89), la Decisión (UE) 2016/2247 sobre las cuentas anuales del Banco Central Europeo (BCE/2017/36) (DOUE L 320, 6.12.2017, p. 18), la Orientación BCE/2012/27 sobre el sistema automatizado transeuropeo de transferencia urgente para la liquidación bruta en tiempo real (TARGET2) (BCE/2017/28) (DOUE L 295, 14.11.2017, p. 97) y la Orientación (UE) 2015/280 sobre el establecimiento del Sistema de Producción y Adquisición del Eurosistema (BCE/2017/31) (DOUE L 310, 25.11.2017, p. 49).

Se decide sobre la metodología de cálculo de las sanciones por incumplimiento de los requisitos de vigilancia de los sistemas de pago de importancia sistémica (BCE/2017/35) (DOUE L 299, 16.11.2017, p. 31) y sobre el procedimiento de imposición de medidas correctoras del incumplimiento del Reglamento (UE) n° 795/2014 (BCE/2017/33) (DOUE L 299, 16.11.2017, p. 34). Se adoptan, un reglamento relativo al sistema final de contribuciones a los gastos administrativos de la Junta Única de Resolución (DOUE L 337, 19.12.2017, p. 6) y una recomendación del Banco Central Europeo, al Consejo de la Unión Europea, sobre el auditor externo del Banco Central Europeo (BCE/2017/42) (DOUE C 444, 23.12.2017, p. 1)

Respecto a las medidas económicas, se modifica el Reglamento (UE) 2015/534 sobre la presentación de información financiera con fines de supervisión (BCE/2017/25) (DOUE L 240, 19.09.2017, p. 1), y se establece la fecha de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1538 por el que se modifica el Reglamento (UE) 2015/534 sobre la presentación de información financiera con fines de supervisión (BCE/2017/25) a entidades supervisadas menos significativas sujetas a regímenes nacionales de contabilidad (BCE/2017/26) (DOUE L 240, 19.09.2017, p. 212).

Se deroga la Decisión 2009/415/CE, sobre la existencia de un déficit excesivo en Grecia (DOUE L 256, 4.10.2017, p. 5), se decide sobre imposición de una multa a Portugal por no haber adoptado medidas efectivas para corregir su déficit excesivo (DOUE L 336, 16.12.2017, p. 24) y a España por no haber adoptado medidas efectivas para corregir su déficit excesivo (DOUE L 336, 16.12.2017, p. 27) y se adopta una recomendación de la Junta Europea de Riesgo Sistémico, por la que se modifica la Recomendación JERS/2015/2 sobre la determinación de los efectos transfronterizos y la reciprocidad voluntaria de las medidas de política macroprudencial (JERS/2017/4) (DOUE C 431, 15.12.2017, p. 1)

En cuanto al régimen del Euro, se modifican: la Decisión (UE) 2016/2164 sobre la aprobación del volumen de emisión de monedas en 2017 (BCE/2017/39) (DOUE L 344, 23.12.2017, p. 59) y la Decisión (UE) 2015/2332 sobre el procedimiento de aprobación del volumen de emisión de monedas en euros (BCE/2017/41) (DOUE L 344, 23.12.2017, p. 63), y se aprueba el volumen de emisión de monedas en 2018 (BCE/2017/40) (DOUE L 344, 23.12.2017, p. 61).

En lo que se refiere a la Política monetaria, se completa el Reglamento (UE) n° 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la exención de los bancos centrales de determinados terceros países, en su aplicación de la política monetaria, de tipo de cambio y de estabilidad financiera, de los requisitos de transparencia pre-negociación y post-negociación (DOUE L 259, 7.10.2017, p. 11), se modifica la Decisión BCE/2014/40 sobre la ejecución del tercer programa de adquisiciones de bonos garantizados (BCE/2017/37) (DOUE L 312, 28.11.2017, p.

92), se decide sobre la equivalencia del marco jurídico y de supervisión aplicable a los mercados de contratos designados y los sistemas de ejecución de permutas en los Estados Unidos de América, de conformidad con el Reglamento (UE) n° 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 320, 6.12.2017, p. 11) y se adopta una orientación sobre los procedimientos para la recopilación de datos granulares de crédito y de riesgo crediticio (BCE/2017/38) (DOUE L 333, 15.12.2017, p. 66).

XI. RELACIONES EXTERIORES Y COOPERACIÓN AL DESARROLLO

En materia de Relaciones Exteriores, se decide: la firma en nombre de la Unión Europea, y la aplicación provisional del Acuerdo Marco entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Australia, por otra (DOUE L 237, 15.09.2017, p. 5 y 7), la firma, en nombre de la Unión y de los Estados miembros, y la aplicación provisional del Protocolo del Acuerdo de Colaboración y Cooperación por el que se establece una colaboración entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Uzbekistán, por otra, para tener en cuenta la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea (DOUE L 238, 16.09.2017, p. 1 y 3), la posición que se debe adoptar en nombre de la Unión Europea en el Consejo de Cooperación establecido conforme al Acuerdo de Colaboración y de Cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Armenia, por otra, en lo que respecta a la adopción de las Prioridades de Colaboración entre la UE y Armenia (DOUE L 256, 4.10.2017, p. 9).

Igualmente se decide: la celebración de un Acuerdo Marco de Colaboración y Cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Mongolia, por otra (DOUE L 326, 9.12.2017, p. 5 y 7), la celebración, en nombre de la Unión y de sus Estados miembros, del Protocolo del Acuerdo Marco de Colaboración y Cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Mongolia, por otra, para tener en cuenta la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea (DOUE L 326, 9.12.2017, p. 36 y 37), la celebración, en nombre de la Unión, del Acuerdo marco de Colaboración y Cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Filipinas, por otra (DOUE L 343, 22.12.2017, p. 1 y 3), la firma, en nombre de la Unión Europea y de sus Estados miembros, del Protocolo al Acuerdo marco de Colaboración y Cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Filipinas, por otra, para tener en cuenta la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea (DOUE L 344, 23.12.2017, p. 1 y 3), y la posición que deberá adoptarse en nombre de la Unión Europea en el Consejo Conjunto establecido por el Acuerdo de Diálogo Político y Cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Cuba, por otra, por lo que respecta a la

adopción de una decisión del Consejo Conjunto sobre los reglamentos internos del Consejo Conjunto y del Comité Conjunto (DOUE L 344, 23.12.2017, p. 26).

En lo que se refiere a los Acuerdos de Asociación, se adoptan dos decisiones relativas a: la celebración, en nombre de la Unión Europea y sus Estados miembros, 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 295, 14.11.2017, p. 1), la posición que se debe adoptar en nombre de la Unión en el Comité Ministerial Mixto y el Comité Mixto de Cooperación, creados en virtud del Acuerdo de Asociación Estratégica entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Canadá, por otra, en lo que se refiere a la adopción del reglamento interno del Comité Ministerial Mixto y del mandato del Comité Mixto de Cooperación y sus subcomités (DOUE L 324, 8.12.2017, p. 41), y la posición que se debe adoptar en nombre de la Unión Europea en el Comité del AAE establecido por el Acuerdo interino por el que se establece un marco para un Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del África Oriental y Meridional, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, con respecto a la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea y los cambios en la lista de países y territorios asociados a la Unión Europea (DOUE L 250, 28.09.2017, p. 61).

También se adoptan decisiones por: el Comité de Cooperación Aduanera UE-AOM, por la que se establece una excepción a las normas de origen contempladas en el Protocolo 1 del Acuerdo interino por el que se establece un marco para un Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados de África Oriental y Meridional, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, atendiendo a la situación especial por la que atraviesan los Estados de África Oriental y Meridional en lo que respecta al atún en conserva y a los lomos de atún [2017/1923] (DOUE L 271, 20.10.2017, p. 44), el Comité de Cooperación Aduanera UE-AOM, por la que se establece una excepción a las normas de origen contempladas en el Protocolo 1 del Acuerdo interino por el que se establece un marco para un Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados de África Oriental y Meridional, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, atendiendo a la situación especial por la que atraviesa la República de Mauricio en lo que respecta a la sierra salada [2017/1924] (DOUE L 271, 20.10.2017, p. 47).

Además se decide la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el Consejo Conjunto Cariforum-UE del Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del Cariforum, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, en relación con el establecimiento de la lista de árbitros

(DOUE L 271, 20.10.2017, p. 38) y el Consejo Conjunto Cariforum-UE creado en virtud del Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del Cariforum, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, decide en lo que respecta al establecimiento de una lista de árbitros [2017/2203] (DOUE L 313, 29.11.2017, p. 12). Se decide la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Consejo Conjunto Cariforum-UE del Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del Cariforum, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, en relación con la modificación del anexo IX del Protocolo I (DOUE L 271, 20.10.2017, p. 41) y el Consejo Conjunto Cariforum-UE creado en virtud del Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del Cariforum, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, decide en relación con la modificación del anexo IX del Protocolo I: Países y territorios de ultramar [2017/2202] (DOUE L 313, 29.11.2017, p. 10)

Se decide la posición que se debe adoptar en nombre de la Unión Europea en el Consejo de Asociación creado por el 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, en lo que respecta a la adopción de una recomendación sobre las Prioridades de la Asociación UE-Egipto (DOUE L 253, 30.09.2017, p. 34), y el Consejo de Asociación UE-Egipto, adopta una recomendación por la que se acuerdan las prioridades de la asociación UE-Egipto [2017/1544] (DOUE L 236, 14.09.2017, p. 23) y otra por la que se acuerdan las prioridades de la asociación UE-Egipto [2017/1786] (DOUE L 255, 3.10.2017, p. 269).

También se decide 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 y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra, por lo que respecta a la adopción del Programa de Asociación UE-Georgia (DOUE L 343, 22.12.2017, p. 64). la posición que se ha de adoptar en nombre de la Unión Europea en el Subcomité Aduanero instituido por el Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra, por lo que respecta a la sustitución del Protocolo I de dicho Acuerdo, relativo a la definición del concepto de «productos originarios» y a los métodos de cooperación administrativa, por un nuevo protocolo que se refiera al Convenio regional sobre las normas de origen preferenciales paneuromediterráneas (DOUE L 344, 23.12.2017, p. 21) y el Consejo de Asociación UE-Georgia, adopta una recomendación sobre el Programa de Asociación UE-Georgia [2017/2445] (DOUE L 344, 23.12.2017, p. 65).

Además se decide la posición que se debe adoptar en nombre de la Unión Europea en el Consejo de Asociación UE-Turquía por lo que respecta a la modificación

del Protocolo nº 2 de la Decisión nº 1/98 del Consejo de Asociación CE-Turquía relativa al régimen comercial aplicable a los productos agrícolas (DOUE L 343, 22.12.2017, p. 67), la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en la reunión del Comité de Asociación, en su configuración de Comercio, creado 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, en lo que respecta al plan de trabajo detallado presentado por la República de Moldavia en relación con la ejecución del Acuerdo en el ámbito de la contratación pública (DOUE L 343, 22.12.2017, p. 73) y la posición que se debe adoptar, en nombre de la Unión Europea, en el Comité Mixto establecido por el Acuerdo de Cooperación sobre Asociación y Desarrollo entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Islámica de Afganistán, por otra, con respecto a la adopción del reglamento interno del Comité Mixto y la creación de dos grupos de trabajo especiales (DOUE L 344, 23.12.2017, p. 11).

Respecto al Espacio Económico Europeo (EEE), se decide la posición que se ha de adoptar, en nombre de la Unión Europea, en el Comité Mixto del EEE en lo que respecta a una modificación del Protocolo 31 del Acuerdo EEE sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades (Acción preparatoria de la Unión sobre investigación en materia de defensa) (DOUE L 279, 28.10.2017, p. 50).

También en relación con el Espacio Económico Europeo (EEE), se modifican el anexo I (Cuestiones veterinarias y fitosanitarias) del Acuerdo EEE [2017/1806] (DOUE L 263, 12.10.2017, p. 1; DOUE L 263, 12.10.2017, p. 3; DOUE L 270, 19.10.2017, p. 1; DOUE L 270, 19.10.2017, p. 3; DOUE L 270, 19.10.2017, p. 5; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 1; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 4; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 6; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 8; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 10; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 11; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 12; DOUE L 308, 23.11.2017, p. 1; DOUE L 308, 23.11.2017, p. 3; DOUE L 308, 23.11.2017, p. 4; DOUE L 308, 23.11.2017, p. 5), el anexo I (Cuestiones veterinarias y fitosanitarias) y el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) del Acuerdo EEE [2017/1808] (DOUE L 263, 12.10.2017, p. 5; DOUE L 263, 12.10.2017, p. 7; DOUE L 263, 12.10.2017, p. 8; DOUE L 270, 19.10.2017, p. 7; DOUE L 270, 19.10.2017, p. 9; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 13; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 15; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 17; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 19; DOUE L 308, 23.11.2017, p. 6; DOUE L 308, 23.11.2017, p. 8; DOUE L 308, 23.11.2017, p. 10), el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) del Acuerdo EEE [2017/1811] (DOUE L 263, 12.10.2017, p. 10; DOUE L 263, 12.10.2017, p. 11; DOUE L 263, 12.10.2017, p. 13; DOUE L 263, 12.10.2017, p. 14; DOUE L 263, 12.10.2017, p. 15; DOUE L 263, 12.10.2017, p. 16; DOUE L 263, 12.10.2017, p. 18; DOUE L 270, 19.10.2017, p. 11; DOUE L 270, 19.10.2017, p. 13; DOUE L 270, 19.10.2017, p. 15; DOUE L 270, 19.10.2017, p. 16;

DOUE L 270, 19.10.2017, p. 17; DOUE L 270, 19.10.2017, p. 19; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 21; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 22; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 24; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 25; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 26; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 27; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 28;; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 31; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 32; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 34; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 36; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 37; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 39), el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) y el anexo IV (Energía) del Acuerdo EEE [2017/1818] (DOUE L 263, 12.10.2017, p. 20; ; DOUE L 263, 12.10.2017, p. 23; DOUE L 263, 12.10.2017, p. 24; DOUE L 263, 12.10.2017, p. 26; DOUE L 263, 12.10.2017, p. 28; DOUE L 263, 12.10.2017, p. 30; DOUE L 263, 12.10.2017, p. 31; DOUE L 270, 19.10.2017, p. 20; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 41), el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) y el anexo X (Servicios audiovisuales) del Acuerdo EEE [2017/2139] (DOUE L 308, 23.11.2017, p. 25), el anexo IV (Energía) del Acuerdo EEE [2017/1825] (DOUE L 263, 12.10.2017, p. 33), el anexo XI (Comunicación electrónica, servicios audiovisuales y sociedad de la información) del Acuerdo EEE [2017/1826] (DOUE L 263, 12.10.2017, p. 34; DOUE L 270, 19.10.2017, p. 22; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 43), el anexo XIII (Transportes) del Acuerdo EEE [2017/1827] (DOUE L 263, 12.10.2017, p. 35; DOUE L 263, 12.10.2017, p. 36; DOUE L 263, 12.10.2017, p. 37; DOUE L 270, 19.10.2017, p. 23; DOUE L 270, 19.10.2017, p. 25; DOUE L 270, 19.10.2017, p. 26; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 45; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 46; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 47; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 48; DOUE L 308, 23.11.2017, p. 27; DOUE L 308, 23.11.2017, p. 29; DOUE L 308, 23.11.2017, p. 30; DOUE L 308, 23.11.2017, p. 31; DOUE L 308, 23.11.2017, p. 33), el anexo XVI (Contratos públicos) del Acuerdo EEE [2017/2047] (DOUE L 300, 16.11.2017, p. 49; ; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 57; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 59; DOUE L 308, 23.11.2017, p. 34), el anexo XX (Medio ambiente) del Acuerdo EEE [2017/1830] (DOUE L 263, 12.10.2017, p. 40; DOUE L 263, 12.10.2017, p. 41; DOUE L 263, 12.10.2017, p. 42; DOUE L 270, 19.10.2017, p. 27; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 61; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 62; DOUE L 308, 23.11.2017, p. 35), el anexo XXI (Estadísticas) del Acuerdo EEE [2017/1888] (DOUE L 270, 19.10.2017, p. 28; DOUE L 270, 19.10.2017, p. 29; DOUE L 270, 19.10.2017, p. 31; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 63; DOUE L 308, 23.11.2017, p. 36; DOUE L 308, 23.11.2017, p. 37; DOUE L 308, 23.11.2017, p. 38), el anexo XXII (Derecho de sociedades) del Acuerdo EEE [2017/1891] (DOUE L 270, 19.10.2017, p. 32; DOUE L 270, 19.10.2017, p. 33; DOUE L 300, 16.11.2017, p. 64), el Protocolo 31 del Acuerdo EEE sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades [2017/2150] (DOUE L 308, 23.11.2017, p. 39; DOUE L 308, 23.11.2017, p. 40), el Protocolo 47 (sobre la supresión de los obstáculos comerciales de carácter técnico en el sector del vino) del Acuerdo EEE [2017/1893] (DOUE L 270, 19.10.2017, p. 34 ; DOUE L 270, 19.10.2017, p. 35; DOUE L 270, 19.10.2017, p. 36)

En Política de Vecindad, se modifica el Reglamento (CE) n° 951/2007 por el que se establecen las normas de aplicación de los programas de cooperación transfronteriza financiados en el marco del Reglamento (CE) n° 1638/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 292, 10.11.2017, p. 55)

En cuanto a la Cooperación económica, financiera y técnica, se modifica el Reglamento (UE) n° 230/2014 por el que se establece un instrumento en pro de la estabilidad y la paz (DOUE L 335, 15.12.2017, p. 6).

En Cooperación al Desarrollo también hay novedades en este cuatrimestre, y se decide la posición que se ha de adoptar, en nombre de la Unión Europea en el Comité de Embajadores ACP-UE con respecto a la aplicación del artículo 68 del Acuerdo de Asociación ACP-UE (DOUE L 329, 13.12.2017, p. 45). El Comité de Embajadores ACP-UE, decide la aplicación del artículo 68 del Acuerdo de Asociación ACP-UE [2017/2357] (DOUE L 336, 16.12.2017, p. 58).

XII. ENERGÍA

En la Política de Energía, se adopta un reglamento sobre medidas para garantizar la seguridad del suministro de gas y por el que se deroga el Reglamento (UE) n° 994/2010 (DOUE L 280, 28.10.2017, p. 1)

XIII. POLÍTICA INDUSTRIAL Y MERCADO INTERIOR

En materia de Política industrial se determina la «lista Prodcum» de productos industriales prevista por el Reglamento (CEE) n° 3924/91 del Consejo (DOUE L 325, 8.12.2017, p. 1).

En la normativa internacional relativa al Mercado Interior cabe destacar la firma, en nombre de la Unión, y a la aplicación provisional del Acuerdo bilateral entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre medidas prudenciales en materia de seguros y reaseguros y la modificación de la Decisión (UE) 2017/1792 relativa a la firma, en nombre de la Unión, y a la aplicación provisional del Acuerdo bilateral entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre medidas prudenciales en materia de seguros y reaseguros (DOUE L 258, 6.10.2017, p. 1, 3 y 4).

El Comité Mixto creado en virtud del Acuerdo sobre el reconocimiento mutuo entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América, decide la inclusión de organismos de evaluación de la conformidad en la lista del anexo sectorial sobre compatibilidad electromagnética [2017/1574] (DOUE L 238, 16.09.2017, p. 53), el Comité Mixto creado en virtud del Acuerdo sobre el reconocimiento mutuo entre la Comunidad Europea y Canadá, decide 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 [2017/1755] (DOUE L 246, 26.09.2017, p. 10), el Comité creado de conformidad con el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre el reconocimiento mutuo en materia de evaluación de la conformidad, decide la modificación del capítulo 4 sobre productos sanitarios, el capítulo 6 sobre equipos a presión, el capítulo 7 sobre equipos radioeléctricos y equipos terminales de telecomunicación, el capítulo 8 sobre aparatos y sistemas de protección utilizados en atmósfera potencialmente explosiva, el capítulo 9 sobre material eléctrico y compatibilidad electromagnética, el capítulo 11 sobre instrumentos de medida, el capítulo 15 sobre inspección de los medicamentos con arreglo a las prácticas correctas de fabricación y certificación de los lotes, el capítulo 17 sobre ascensores y el capítulo 20 sobre explosivos para uso civil, y la actualización de las referencias jurídicas incluidas en el anexo 1 [2017/2118] (DOUE L 323, 7.12.2017, p. 51).

Igualmente, el Comité Mixto creado en virtud del Acuerdo sobre el reconocimiento mutuo entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América, decide la inclusión de organismos de evaluación de la conformidad en la lista del anexo sectorial sobre compatibilidad electromagnética [2017/2290] (DOUE L 328, 12.12.2017, p. 136), el mismo decide la inclusión de organismos de evaluación de la conformidad en la lista del anexo sectorial sobre compatibilidad electromagnética [2017/2291] (DOUE L 328, 12.12.2017, p. 138), la inclusión de organismos de evaluación de la conformidad en la lista del anexo sectorial sobre compatibilidad electromagnética [2017/2292] (DOUE L 328, 12.12.2017, p. 140)

También se modifican: el Reglamento (CE) n° 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Norma Internacional de Información Financiera 16 (DOUE L 291, 9.11.2017, p. 1), el Reglamento (CE) n° 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Norma Internacional de Información Financiera 15 (DOUE L 291, 9.11.2017, p. 63), el Reglamento (CE) n° 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Norma Internacional de Información Financiera 4 (DOUE L 291, 9.11.2017, p. 72), el Reglamento (CE) n° 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Norma Internacional de Contabilidad 12 (DOUE L 291, 9.11.2017, p. 84), y el Reglamento (CE) n° 1126/2008 por el que se adoptan determi-

nadas normas internacionales de contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Norma Internacional de Contabilidad 7 (DOUE L 291, 9.11.2017, p. 89).

La protección de la salud humana y animal suele siempre originar o modificar normativa existente, y en este cuatrimestre se adopta un reglamento relativo a lista de los códigos y los correspondientes tipos de productos para especificar el alcance de la designación de los organismos notificados en el ámbito de los productos sanitarios, con arreglo al Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, y de los productos sanitarios para diagnóstico in vitro, con arreglo al Reglamento (UE) 2017/746 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 309, 24.11.2017, p. 7), se complementa el Reglamento (UE) n° 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo especificando los principios y directrices de las normas de correcta fabricación y las disposiciones de inspección de los medicamentos en investigación de uso humano (DOUE L 238, 16.09.2017, p. 12) y también se complementa la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los principios y directrices de las prácticas correctas de fabricación de los medicamentos de uso humano (DOUE L 238, 16.09.2017, p. 44). Se establecen los criterios científicos para la determinación de las propiedades de alteración endocrina de conformidad con el Reglamento (UE) n° 528/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 301, 17.11.2017, p. 1).

Se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 540/2011 en lo que respecta a la prórroga de los períodos de aprobación de las sustancias activas ciflufenamida, fluopicolide, heptamaloxyloglucan y malatión (DOUE L 231, 7.09.2017, p. 3), la prórroga de los períodos de aprobación de las sustancias activas flonicamid (IKI-220), metalaxil, penoxsulam y proquinazid (DOUE L 295, 14.11.2017, p. 51), la ampliación del período de aprobación de la sustancia activa quizalofop-P-tefuril (DOUE L 232, 8.09.2017, p. 4), se confirman las condiciones de aprobación de la sustancia activa 8-hidroxiquinoleína que se establecen en el Reglamento de Ejecución (UE) n° 540/2011 y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/408 por lo que se refiere a la inclusión de la sustancia activa 8-hidroxiquinoleína en la lista de sustancias candidatas a la sustitución (DOUE L 295, 14.11.2017, p. 40).

Se aprueban: el uso del propan-1-ol como sustancia activa en biocidas de los tipos de producto 1, 2 y 4 (DOUE L 290, 9.11.2017, p. 1), el uso del ácido láctico L(+) como sustancia activa existente en biocidas de los tipos de producto 2, 3 y 4 (DOUE L 290, 9.11.2017, p. 4), el uso de la imiprotrina como sustancia activa existente en biocidas del tipo de producto 18 (DOUE L 333, 15.12.2017, p. 22), el uso de 2-metil-1,2-benzisotiazol-3(2H)-ona como sustancia activa en biocidas del tipo de producto 6 (DOUE L 333, 15.12.2017, p. 25), el fludioxonil como sustancia activa

para su uso en biocidas de los tipos de producto 7, 9 y 10 (DOUE L 290, 9.11.2017, p. 7), la 2-metilisotiazol-3(2H)-ona como sustancia activa existente para su uso en biocidas del tipo de producto 12 (DOUE L 290, 9.11.2017, p. 11), el extracto de margosa, aceite prensado en frío de semillas sin cáscara de *Azadirachta indica* extraído con dióxido de carbono supercrítico, como sustancia activa existente para su uso en biocidas del tipo de producto 19 (DOUE L 290, 9.11.2017, p. 14), se retrasa la fecha de expiración de la aprobación de la creosota para su uso en biocidas del tipo de producto 8 (DOUE L 333, 15.12.2017, p. 64).

Se aprueban una serie de sustancias activas de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios, y se modifica el anexo del Reglamento de Ejecución (UE) n° 540/2011, así se aprueba el cloruro de sodio como sustancia básica (DOUE L 232, 8.09.2017, p. 1), la cerveza como sustancia básica (DOUE L 297, 15.11.2017, p. 22), el polvo de semillas de mostaza como sustancia básica (DOUE L 295, 14.11.2017, p. 43), se renueva la aprobación de la sustancia activa imazamox como candidata a la sustitución (DOUE L 232, 8.09.2017, p. 6), se renueva la aprobación de la sustancia activa glifosato (DOUE L 333, 15.12.2017, p. 10). De conformidad con la citada normativa no se renuevan o no se aprueban: la sustancia activa iprodiona (DOUE L 297, 15.11.2017, p. 25), la sustancia activa beta-cipermetrina (DOUE L 231, 7.09.2017, p. 1), la *Achillea millefolium* L. como sustancia básica (DOUE L 294, 11.11.2017, p. 27), el extracto de pimentón (capsantina, capsorrubina E 160 c) como sustancia básica (DOUE L 295, 14.11.2017, p. 47) y el sorbato de potasio como sustancia básica (DOUE L 295, 14.11.2017, p. 49).

Se decide sobre cuestiones sobre la evaluación comparativa de los rodenticidas anticoagulantes con arreglo al artículo 23, apartado 5, del Reglamento (UE) n° 528/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 232, 8.09.2017, p. 11) y se modifica, para adaptarlo al progreso científico y técnico, el anexo III de la Directiva 2011/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a una exención para el cadmio en diodos fotoemisores (LED) de conversión de color utilizados en sistemas de visualización (DOUE L 281, 31.10.2017, p. 29).

La protección de la salud alimentaria y la seguridad también suele originar o modificar variada normativa, así se complementa el Reglamento (UE) n° 609/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los requisitos específicos de composición e información aplicables a los sustitutivos de la dieta completa para el control de peso (DOUE L 230, 6.09.2017, p. 1; DOUE L 259, 7.10.2017, p. 2).

Con arreglo al Reglamento (CE) n° 258/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, se autorizan: una ampliación de los usos de betaglucanos de levadura como

nuevo ingrediente alimentario (DOUE L 295, 14.11.2017, p. 77), la comercialización de extracto rico en taxifolina como nuevo ingrediente alimentario (DOUE L 295, 14.11.2017, p. 81), la comercialización de 2'-fucosil-lactosa producida con la cepa BL21 de *Escherichia coli* como nuevo ingrediente alimentario (DOUE L 313, 29.11.2017, p. 5), la comercialización de aceite de *Calanus finmarchicus* como nuevo ingrediente alimentario (DOUE L 336, 16.12.2017, p. 45), se autoriza una extensión de los usos de las semillas de chía (*Salvia hispanica*) como nuevo ingrediente alimentario (DOUE L 336, 16.12.2017, p. 49), la puesta en el mercado de champiñones tratados con radiación ultravioleta (UV) como nuevo alimento (DOUE L 336, 16.12.2017, p. 52), la comercialización del hidroxitirosol como nuevo ingrediente alimentario (DOUE L 337, 19.12.2017, p. 56), y la puesta en el mercado del ácido N-acetil-D-neuramínico como nuevo ingrediente alimentario (DOUE L 337, 19.12.2017, p. 63)

De conformidad con el Reglamento (CE) n° 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre alimentos y piensos modificados genéticamente se autorizan: la comercialización de productos que contengan, se compongan o se hayan producido a partir de soja modificada genéticamente 305423 × 40-3-2 (DP-305423-1 × MON-04032-6) (DOUE L 346, 28.12.2017, p. 6), la comercialización de productos que contengan soja modificada genéticamente DAS-68416-4, se compongan de ella o se hayan producido a partir de ella (DOUE L 346, 28.12.2017, p. 12), la comercialización de productos que contengan soja modificada genéticamente DAS-44406-6, se compongan de ella o se hayan producido a partir de ella (DOUE L 346, 28.12.2017, p.16), la comercialización de productos que contengan soja modificada genéticamente FG72 × A5547-127, se compongan de ella o se hayan producido a partir de ella (DOUE L 346, 28.12.2017, p. 20), se renueva la autorización de comercialización de productos que contengan, se compongan o se hayan producido a partir de maíz modificado genéticamente 1507 (DAS-01507-1) (DOUE L 346, 28.12.2017, p. 25), se autoriza la comercialización de productos que contengan, se compongan o se hayan producido a partir de las colzas oleaginosas modificadas genéticamente MON 88302 × Ms8 × Rf3 (MON-88302-9 × ACSBN005-8 × ACS-BN003-6), MON 88302 × Ms8 (MON-88302-9 × ACSBN005-8) y MON 88302 × Rf3 (MON-88302-9 × ACS-BN003-6), (DOUE L 346, 28.12.2017, p. 31).

También se adoptan: un reglamento por el que se establecen medidas de mitigación y niveles de referencia para reducir la presencia de acrilamida en los alimentos (DOUE L 304, 21.11.2017, p. 24), otro por el que se establecen requisitos administrativos y científicos acerca de los alimentos tradicionales de terceros países de conformidad con el Reglamento (UE) 2015/2283 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los nuevos alimentos (DOUE L 351, 30.12.2017, p. 55), un tercero

por el que se establecen los requisitos administrativos y científicos que deben cumplir las solicitudes mencionadas en el artículo 10 del Reglamento (UE) 2015/2283 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los nuevos alimentos (DOUE L 351, 30.12.2017, p. 64), y un cuarto por el que se establece la lista de la Unión de nuevos alimentos, de conformidad con el Reglamento (UE) 2015/2283 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los nuevos alimentos (DOUE L 351, 30.12.2017, p. 72).

En el sector obstáculos técnicos a los intercambios, se modifica el Reglamento (UE) n° 540/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los requisitos del sistema de aviso acústico de vehículos para la homologación de tipo UE de vehículos (DOUE L 239, 19.09.2017, p. 3) y se decide sobre la identificación de especificaciones técnicas de las TIC a efectos de referenciación en la contratación pública (DOUE L 328, 12.12.2017, p. 123)

La seguridad de los productos, como es habitual, también es objeto de regulación, y así se modifica la Directiva 2011/65/UE sobre restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos (DOUE L 305, 21.11.2017, p. 8)

La regulación del mercado interior afecta a una gran cantidad de materias, algunas de las cuales son también objeto de normativa en este cuatrimestre. Así se modifica la Directiva 2009/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la lista de productos relacionados con la defensa (DOUE L 311, 25.11.2017, p. 1) y también se modifica el anexo III del Reglamento (CE) n° 1223/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los productos cosméticos (DOUE L 319, 5.12.2017, p. 2).

Se adoptan dos reglamentos, uno sobre el intercambio transfronterizo entre la Unión y terceros países de ejemplares en formato accesible de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos (DOUE L 243, 20.09.2017, p. 1), y otro sobre ciertos usos permitidos de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos, y por la que se modifica la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DOUE L 243, 20.09.2017, p. 6).

En relación con el Reglamento (UE) n° 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los mercados de instrumentos financieros, se completa en lo que respecta a la exención de los bancos centrales de determinados terceros países, en su aplicación de la política monetaria, de tipo de cambio y de estabilidad financiera, de los requisitos de transparencia pre-negociación y post-negociación (DOUE L 259,

7.10.2017, p. 11) en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a los acuerdos de compensación indirecta (DOUE L 304, 21.11.2017, p. 6), en lo que respecta a los paquetes de órdenes (DOUE L 312, 28.11.2017, p. 1) y en lo que respecta a las normas técnicas de regulación sobre la obligación de negociación para determinados derivados (DOUE L 343, 22.12.2017, p. 48).

Se modifican: el Reglamento Delegado (UE) n° 149/2013 en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a los acuerdos de compensación indirecta (DOUE L 304, 21.11.2017, p. 13), el Reglamento Delegado (UE) n° 151/2013 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2012, por el que se completa el Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 259, 7.10.2017, p. 14), y la Directiva 2014/59/UE en lo que respecta al orden de prioridad de los instrumentos de deuda no garantizada en caso de insolvencia (DOUE L 345, 27.12.2017, p. 96).

Se decide el reconocimiento de las disposiciones jurídicas, de supervisión y de ejecución de los Estados Unidos de América aplicables a las operaciones de derivados supervisadas por la Commodity Futures Trading Commission como equivalentes a una serie de requisitos establecidos en el artículo 11 del Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones (DOUE L 265, 14.10.2017, p. 23)

También se modifican: el Reglamento (UE) n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la exención de los requisitos de fondos propios aplicable a determinados bonos garantizados (DOUE L 310, 25.11.2017, p. 1), y el Reglamento (UE) n° 680/2014 en lo que respecta a las plantillas e instrucciones (DOUE L 321, 6.12.2017, p. 1). Se adoptan dos reglamentos, uno 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 322, 7.12.2017, p. 27), y otro por el que se establece un marco general para la titulización y se crea un marco específico para la titulización simple, transparente y normalizada, y por el que se modifican las Directivas 2009/65/CE, 2009/138/CE y 2011/61/UE y los Reglamentos (CE) n° 1060/2009 y (UE) n° 648/2012 (DOUE L 347, 28.12.2017, p. 35)

En relación con el Reglamento (UE) n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, se completa: en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a la divulgación de información sobre activos con cargas y sin cargas (DOUE L 329, 13.12.2017, p. 6), se modifica en lo referente a las disposiciones transitorias para mitigar el impacto de la introducción de la NIIF 9 en los fondos propios y para

el tratamiento de las grandes exposiciones correspondiente a determinadas exposiciones del sector público denominadas en la moneda nacional de cualquier Estado miembro (DOUE L 345, 27.12.2017, p. 27), y se modifica el Reglamento (UE) n° 575/2013 sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión (DOUE L 347, 28.12.2017, p. 1). También se modifican el Reglamento (UE) n° 345/2013, sobre los fondos de capital riesgo europeos, y el Reglamento (UE) n° 346/2013, sobre los fondos de emprendimiento social europeos (DOUE L 293, 10.11.2017, p. 1).

Por su parte la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo se modifica: por lo que se refiere a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos (DOUE L 337, 19.12.2017, p. 17), la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que se refiere a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos (DOUE L 337, 19.12.2017, p. 19), y la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos (DOUE L 337, 19.12.2017, p. 21). Igualmente se modifica la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos (DOUE L 337, 19.12.2017, p. 22). Y en materia de contratación se adopta por la Comisión una recomendación sobre la profesionalización de la contratación pública — Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública (DOUE L 259, 7.10.2017, p. 28).

Se adoptan dos reglamentos, uno por el que se establece una directriz sobre el balance eléctrico (DOUE L 312, 28.11.2017, p. 6), otro por el que se establece un código de red relativo a emergencia y reposición del servicio (DOUE L 312, 28.11.2017, p. 54), y se decide sobre la publicación de la referencia de la norma europea sobre facturación electrónica y la lista de sus sintaxis de conformidad con la Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 266, 17.10.2017, p. 19). También se modifica la Decisión 2005/50/CE relativa a la armonización del espectro radioeléctrico en la banda de 24 GHz para el uso temporal por equipos de radar de corto alcance para automóviles en la Comunidad (DOUE L 295, 14.11.2017, p. 75).

Finalmente se adoptan, un reglamento sobre las condiciones para la clasificación, sin ensayos, de los productos de madera contralaminada cubiertos por la norma armonizada EN 16351 y los productos de madera microlaminada cubiertos por la norma armonizada EN 14374 por lo que respecta a su reacción al fuego (DOUE L 329, 13.12.2017, p. 1) y una recomendación de la Comisión sobre la adopción inmediata de medidas para evitar el uso indebido de precursores de explosivos (DOUE L 273, 24.10.2017, p. 12)

XIV. POLÍTICA REGIONAL, COORDINACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS ESTRUCTURALES Y REDES TRANSEUROPEAS

En relación con la Política Regional y la Coordinación de los Instrumentos Estructurales, se modifica el Reglamento (UE) n° 1303/2013 por lo que respecta a la modificación de los recursos destinados a la cohesión económica, social y territorial y de los recursos destinados al objetivo de inversión en crecimiento y empleo y al objetivo de cooperación territorial europea (DOUE L 335, 15.12.2017, p. 1).

Se establece el Fondo Europeo de Desarrollo Sostenible (FEDS), la Garantía del FEDS y el Fondo de Garantía del FEDS (DOUE L 249, 27.09.2017, p. 1), se deciden las contribuciones financieras que deberán pagar los Estados miembros para financiar el Fondo Europeo de Desarrollo, incluido el tercer tramo de 2017 (DOUE L 290, 9.11.2017, p. 19), y se modifica el Reglamento Delegado (UE) n° 522/2014, por el que se completa el Reglamento (UE) n° 1301/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas detalladas sobre los principios para la selección y gestión de acciones innovadoras de desarrollo urbano sostenible que vayan a recibir ayudas del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (DOUE L 294, 11.11.2017, p. 26).

También se modifican: el Reglamento Delegado (UE) 2015/2195 de la Comisión, que complementa el Reglamento (UE) n° 1304/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al Fondo Social Europeo, en lo que respecta a la definición de baremos estándar de costes unitarios e importes a tanto alzado para el reembolso de gastos a los Estados miembros por parte de la Comisión (DOUE L 298, 15.11.2017, p. 1), el Reglamento Delegado (UE) 2015/2195, que complementa el Reglamento (UE) n° 1304/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al Fondo Social Europeo, en lo que respecta a la definición de baremos estándar de costes unitarios e importes a tanto alzado para el reembolso de gastos a los Estados miembros por parte de la Comisión y se corrige dicho Reglamento Delegado (DOUE L 343, 22.12.2017, p. 35), los Reglamentos (UE) n° 1316/2013 y (UE) 2015/1017 en lo que se refiere a la ampliación de la duración del Fondo Europeo para Inversiones Estratégicas y a la introducción de mejoras técnicas para este Fondo y para el Centro Europeo de Asesoramiento para la Inversión (DOUE L 345, 27.12.2017, p. 34), y se deciden las contribuciones financieras que deben ingresar los Estados miembros para financiar el Fondo Europeo de Desarrollo, incluidos el límite máximo en 2019, el importe anual de 2018, el primer tramo de 2018 y una previsión indicativa y no vinculante de los importes anuales de la contribución para los años 2020 y 2021 (DOUE L 306, 22.11.2017, p. 21).

En relación con las Redes transeuropeas, se modifican los Reglamentos (UE) n° 1316/2013 y (UE) n° 283/2014 en lo que atañe al fomento de la conectividad a

internet de las comunidades locales (DOUE L 286, 1.11.2017, p. 1) y se establece la media ponderada de las tarifas máximas de terminación de la telefonía móvil en toda la Unión y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/2292 (DOUE L 331, 14.12.2017, p. 39).

XV. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, DEL CONSUMIDOR Y DE LA SALUD

La regulación de la Política Medioambiental suele conllevar la celebración de Tratados internacionales, y así se decide la celebración, en nombre de la Unión Europea, de la enmienda de Kigali al Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono (DOUE L 236, 14.09.2017, p. 1 y 3). También se decide la aceptación, en nombre de la Unión Europea, de una enmienda del Protocolo de 1999 del Convenio de 1979 sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia para luchar contra la acidificación, la eutrofización y el ozono troposférico (DOUE L 248, 27.09.2017, p. 3), y la firma, en nombre de la Unión, y a la aplicación provisional del Acuerdo entre la Unión Europea y la Confederación Suiza relativo a la vinculación de sus regímenes de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (DOUE L 322, 7.12.2017, p. 1 y 3).

En los aspectos más generales de esta política, se modifica la Guía del usuario en la que figuran los pasos necesarios para participar en el EMAS con arreglo al Reglamento (CE) n° 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) (DOUE L 328, 12.12.2017, p. 38).

Se decide el reconocimiento de la conformidad de los requisitos del sistema de gestión medioambiental Eco-Lighthouse con los requisitos correspondientes del sistema de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), con arreglo al artículo 45 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 (DOUE L 328, 12.12.2017, p. 87) y se especifican los formularios que deben utilizarse en relación con la importación de mercurio y de ciertas mezclas de mercurio con arreglo al Reglamento (UE) 2017/852 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el mercurio (DOUE L 328, 12.12.2017, p. 118).

En lo que se refiere a residuos, se modifica el anexo II de la Directiva 2000/53/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los vehículos al final de su vida útil (DOUE L 299, 16.11.2017, p. 24).

En cuanto a las emisión de gases y calidad del aire ambiente, se modifica el Reglamento (UE) n° 1031/2010 de la Comisión para ajustar la subasta de derechos

de emisión a la Decisión (UE) 2015/1814 del Parlamento Europeo y del Consejo y registrar una plataforma de subastas que va a designar el Reino Unido (DOUE L 269, 19.10.2017, p. 13). También se determinan, de conformidad con el Reglamento (UE) n° 517/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los gases fluorados de efecto invernadero, los valores de referencia para el período comprendido entre el 1 de enero de 2018 y el 31 de diciembre de 2020 de cada productor o importador que haya notificado en el marco del Reglamento haber comercializado legalmente hidrofluorocarburos desde el 1 de enero de 2015 (DOUE L 287, 4.11.2017, p. 4).

Se establecen las conclusiones sobre las mejores técnicas disponibles (MTD) conforme a la Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en la industria química orgánica de gran volumen de producción (DOUE L 323, 7.12.2017, p. 1), se determinan los límites cuantitativos y se asignan cuotas de sustancias reguladas en el marco del Reglamento (CE) n° 1005/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las sustancias que agotan la capa de ozono, para el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2018 (DOUE L 333, 15.12.2017, p. 47). Se modifica la Decisión 2010/670/UE en lo que respecta a la asignación de los ingresos no desembolsados procedentes de la primera ronda de convocatorias de propuestas (DOUE L 306, 22.11.2017, p. 24), y se decide sobre las emisiones de gases de efecto invernadero contempladas en la Decisión n° 406/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo correspondientes a cada Estado miembro en 2015 (DOUE L 337, 19.12.2017, p. 80).

Igualmente se decide sobre: el reconocimiento del informe de Australia que incluye las emisiones típicas de gases de efecto invernadero procedentes del cultivo de materias primas agrícolas con arreglo a la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 336, 16.12.2017, p. 55), y el reconocimiento del informe de Canadá que incluye emisiones típicas de gases de efecto invernadero procedentes del cultivo de materias primas agrícolas de conformidad con la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 337, 19.12.2017, p. 86).

Finalmente, en esta materia, se desarrolla el Reglamento (CE) n° 595/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la determinación de las emisiones de CO₂ y el consumo de combustible de los vehículos pesados, y por el que se modifican la Directiva 2007/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) n° 582/2011 de la Comisión (DOUE L 349, 29.12.2017, p. 1).

En el ámbito del diseño y etiquetado de productos, se modifica el anexo II del Reglamento (CE) n° 66/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la etiqueta ecológica de la UE (DOUE L 275, 25.10.2017, p. 9), se modifica la Decisión

2014/256/UE con el fin de prorrogar la validez de los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a los manipulados de papel (DOUE L 230, 6.09.2017, p. 28) y se modifica la Decisión 2009/607/CE en lo relativo al período de validez de los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a los revestimientos rígidos (DOUE L 295, 14.11.2017, p. 74).

En relación con la protección de aguas, se especifica, de conformidad con la Directiva 2006/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la norma EN ISO 17994:2014 como la norma sobre la equivalencia de los métodos microbiológicos (DOUE L 239, 19.09.2017, p. 34).

En cuanto a la fauna y flora silvestres, se prohíbe la introducción en la Unión de especímenes de determinadas especies de fauna y flora silvestres (DOUE L 271, 20.10.2017, p. 7).

En materia de energías renovables, se decide el reconocimiento del régimen voluntario «RTRS EU RED» 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 304, 21.11.2017, p. 53) y el reconocimiento del régimen voluntario «Red Tractor Farm Assurance Combinable Crops & Sugar Beet» 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 331, 14.12.2017, p. 79).

En cuanto a la Política de Consumidores, se adopta un reglamento sobre la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 2006/2004 (DOUE L 345, 27.12.2017, p. 1)

En la Política de Salud, se modifica el anexo III del Reglamento (CE) n° 853/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen normas específicas de higiene de los alimentos de origen animal con respecto a los equinodermos recolectados fuera de las zonas de producción clasificadas (DOUE L 285, 1.11.2017, p. 3), se modifica el anexo III del Reglamento (CE) n° 853/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las condiciones relativas a la temperatura durante el transporte de carne (DOUE L 285, 1.11.2017, p. 10), y se modifica el anexo II del Reglamento (CE) n° 854/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen normas específicas para la organización de controles oficiales de los productos de origen animal destinados al consumo humano con respecto a los equinodermos recolectados fuera de las zonas de producción clasificadas (DOUE L 285, 1.11.2017, p. 6).

También se modifican el anexo III del Reglamento (CE) n° 2074/2005 con respecto al método de detección de las toxinas paralizantes de molusco (PSP) (DOUE L 285, 1.11.2017, p. 8) y el anexo I de la Directiva 2002/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los contenidos máximos de plomo, mercurio, melamina y decoquinato (DOUE L 319, 5.12.2017, p. 6).

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 modifica el Reglamento (UE) n° 99/2013 relativo al Programa Estadístico Europeo 2013-2017, prorrogándolo hasta 2020 (DOUE L 284, 31.10.2017, p. 1). Se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 808/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a estadísticas comunitarias de la sociedad de la información, para el año de referencia 2018 (DOUE L 226, 1.09.2017, p. 6) y se modifica el Reglamento (CE) n° 1099/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a las estadísticas sobre energía, con respecto a las actualizaciones para las estadísticas anuales y mensuales sobre energía (DOUE L 292, 10.11.2017, p. 3).

Se adopta un reglamento relativo al formato y las modalidades de transmisión de las estadísticas europeas sobre los precios del gas natural y la electricidad con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/1952 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 306, 22.11.2017, p. 9), se modifica el Reglamento (CE) n° 1059/2003 en lo que respecta a las tipologías territoriales (Tercet) (DOUE L 350, 29.12.2017, p. 1), se especifican las características técnicas del módulo ad hoc de 2019 sobre organización del trabajo y disposiciones relativas al horario laboral en relación con la encuesta de población activa con arreglo al Reglamento (CE) n° 577/98 del Consejo (DOUE L 340, 20.12.2017, p. 35) y se adopta una recomendación del Consejo, de 20 de noviembre de 2017, relativa al seguimiento de los titulados (DOUE C 423, 9.12.2017, p. 1).

En la Política de Cultura se modifica la Decisión n° 445/2014/UE por la que se establece una acción de la Unión relativa a las Capitales Europeas de la Cultura para los años 2020-2033 (DOUE L 237, 15.09.2017, p. 1)

XVII. CIENCIA, INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO TECNOLÓGICO Y ESPACIO, PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL.

En Política Científica suele ser frecuente la celebración y renovación de Tratados internacionales, y así se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, y la aplicación provisional del Acuerdo de cooperación científica y tecnológica entre la Unión Europea y la República Argelina Democrática y Popular por el que se establecen las condiciones de la participación de la República Argelina Democrática y Popular en la Asociación para la Investigación e Innovación en la Región del Mediterráneo (PRIMA) (DOUE L 316, 1.12.2017, p. 1 y 3), la firma, en nombre de la Unión, y la aplicación provisional del Acuerdo de cooperación científica y tecnológica entre la Unión Europea y la República Árabe de Egipto por el que se establecen las condiciones de la participación de la República Árabe de Egipto en la Asociación para la Investigación e Innovación en la Región del Mediterráneo (PRIMA) (DOUE L 316, 1.12.2017, p. 7 y 9), la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo de cooperación científica y tecnológica entre la Unión Europea y el Reino Hachemí de Jordania por el que se establecen las condiciones de la participación del Reino Hachemí de Jordania en la Asociación para la Investigación e Innovación en la Región del Mediterráneo (PRIMA) (DOUE L 316, 1.12.2017, p. 13).

Se decide además la celebración del Acuerdo de cooperación científica y tecnológica entre la Unión Europea y la República Argelina Democrática y Popular por el que se establecen las condiciones de la participación de la República Argelina Democrática y Popular en la Asociación para la Investigación e Innovación en la Región del Mediterráneo (PRIMA) (DOUE L 348, 29.12.2017, p. 23), la celebración del Acuerdo de cooperación científica y tecnológica entre la Unión Europea y la República Árabe de Egipto por el que se establecen las condiciones de la participación de la República Árabe de Egipto en la Asociación para la Investigación e Innovación en la Región del Mediterráneo (PRIMA) (DOUE L 348, 29.12.2017, p. 25), la celebración del Acuerdo de Cooperación Científica y Tecnológica entre la Unión Europea y el Reino Hachemí de Jordania por el que se establecen las condiciones de la participación del Reino Hachemí de Jordania en la Asociación para la Investigación e Innovación en la Región del Mediterráneo (PRIMA) (DOUE L 348, 29.12.2017, p. 27 y 29),

En el ámbito de la Propiedad Intelectual e Industrial, se decide la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea e Islandia sobre la protección de las indicaciones geográficas de los productos agrícolas y alimenticios (DOUE L 274, 24.10.2017, p. 1 y 3).

Se inscriben denominaciones en el Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas, así se inscribe una denomi-

nación en el Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas [Capón de Vilalba (IGP)] (DOUE L 260, 10.10.2017, p. 1), se aprueba una modificación que no es de menor importancia del pliego de condiciones de una denominación inscrita en el Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas [Ternera de Extremadura (IGP)] (DOUE L 237, 15.09.2017, p. 65), se aprueba una modificación que no es de menor importancia del pliego de condiciones de una denominación inscrita en el Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas [«Ternasco de Aragón» (IGP)] (DOUE L 333, 15.12.2017, p. 8), se aprueba una modificación del pliego de condiciones de una denominación de origen protegida o de una indicación geográfica protegida [Almansa (DOP)] (DOUE L 266, 17.10.2017, p. 3) y se aprueba una modificación del pliego de condiciones de una denominación de origen protegida o de una indicación geográfica protegida [Méntrida (DOP)] (DOUE L 272, 21.10.2017, p. 14)

XVIII. DERECHO DE EMPRESAS

XIX. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En cuanto a la Protección de los Derechos Fundamentales, se establece un marco plurianual para la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el período 2018-2022 (DOUE L 326, 9.12.2017, p. 1) y se adopta una recomendación por la Comisión, por lo que respecta al Estado de Derecho en Polonia complementaria a las Recomendaciones (UE) 2016/1374 y (UE) 2017/146 (DOUE L 227, 1.09.2017, p. 19)

XX. POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN

En lo que se refiere a la regulación internacional de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), se decide la firma y celebración del Acuerdo entre Canadá y la Unión Europea sobre procedimientos de seguridad para el intercambio y la protección de información clasificada (DOUE L 333, 15.12.2017, p. 1 y 2).

En relación con el Servicio Europeo de Acción Exterior y con las Relaciones Exteriores de la UE, se nombra al representante especial de la Unión Europea para el Cáucaso Meridional y la crisis en Georgia (DOUE L 295, 14.11.2017, p. 55).

En los aspectos más generales de esta política, se produce una recomendación de la Comisión, sobre la respuesta coordinada a los incidentes y crisis de ciberseguridad a gran escala (DOUE L 239, 19.09.2017, p. 36), y se modifica la Decisión (PESC)

2016/2382 relativa a la creación de la Escuela Europea de Seguridad y Defensa (EESD (DOUE L 319, 5.12.2017, p. 80).

El control de la piratería en el Océano Índico también suele originar decisiones y normativa en esta política de la UE, y así se produce el nombramiento del Comandante de la Operación de la UE para la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y la represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia (Atalanta) (ATALANTA/3/2017) (DOUE L 279, 28.10.2017, p. 55).

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, respecto de acciones que menoscaban o amenazan la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania (DOUE L 237, 15.09.2017, p. 37; DOUE L 237, 15.09.2017, p. 44 ; DOUE L 304, 21.11.2017, p. 3; DOUE L 237, 15.09.2017, p. 72; DOUE L 304, 21.11.2017, p. 51), motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania (DOUE L 316, 1.12.2017, p. 15; DOUE L 316, 1.12.2017, p. 20; DOUE L 343, 22.12.2017, p. 77), contra la República Popular Democrática de Corea (DOUE L 237, 15.09.2017, p. 39; DOUE L 237, 15.09.2017, p. 86; DOUE L 238, 16.09.2017, p. 10; DOUE L 238, 16.09.2017, p. 51; DOUE L 261, 11.10.2017, p. 1; DOUE L 261, 11.10.2017, p. 17; DOUE L 265I, 16.10.2017, p. 1; DOUE L 265I, 16.10.2017, p. 5; DOUE L 265I, 16.10.2017, p. 8; DOUE L 269, 19.10.2017, p. 1; DOUE L 269, 19.10.2017, p. 44; DOUE L 295, 14.11.2017, p. 4), habida cuenta de la situación en Siria (DOUE L 246, 26.09.2017, p. 1; DOUE L 246, 26.09.2017, p. 7), habida cuenta de la situación en Mali (DOUE L 251, 29.09.2017, p. 1; DOUE L 251, 29.09.2017, p. 23), en vista de la situación existente en Libia (DOUE L 251, 29.09.2017, p. 28; DOUE L 281, 31.10.2017, p. 27; DOUE L 281, 31.10.2017, p. 32; DOUE L 290, 9.11.2017, p. 17; DOUE L 290, 9.11.2017, p. 22; DOUE L 324, 8.12.2017, p. 39; DOUE L 324, 8.12.2017, p. 53), habida cuenta de la situación en Burundi (DOUE L 273, 24.10.2017, p. 9), contra la República de Guinea (DOUE L 273, 24.10.2017, p. 10), habida cuenta de la situación en Sudán (DOUE L 276, 26.10.2017, p. 1; DOUE L 276, 26.10.2017, p. 60), habida cuenta de la situación en Venezuela (DOUE L 295, 14.11.2017, p. 21; DOUE L 295, 14.11.2017, p. 60), restricciones específicas aplicables a las relaciones económicas y financieras con Iraq (DOUE L 318, 2.12.2017, p. 23), contra la República Democrática del Congo (DOUE L 328, 12.12.2017, p. 19), contra Somalia (DOUE L 343, 22.12.2017, p. 78)

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. Así se modifica la Decisión (PESC) 2016/1693 por la que se adoptan medidas restrictivas contra el EIIL (Daesh) y Al-Qaida y personas, grupos, empresas y entidades asociadas con los mismos (DOUE L 237, 15.09.2017, p. 71) y se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con las organizaciones EEIL (Daesh) y Al-Qaida (DOUE L 226, 1.09.2017, p. 24; DOUE L 238, 16.09.2017, p. 42; DOUE L 251, 29.09.2017, p. 19; DOUE L 260, 10.10.2017, p. 3), contra los dirigentes de la región de Transnistria de la República de Moldavia (DOUE L 273, 24.10.2017, p. 11), contra ciertas personas físicas y jurídicas, entidades u organismos dada la situación en Somalia (DOUE L 343, 22.12.2017, p. 33), medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo (DOUE L 295, 14.11.2017, p. 3; DOUE L 295, 14.11.2017, p. 38).

Se actualiza y modifica la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo y se modifica la Decisión (PESC) 2017/1426 (DOUE L 295, 14.11.2017, p. 57) y se modifica la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo (DOUE L 295, 14.11.2017, p. 59).

En cuanto a las Misiones de la UE, se nombra al Jefe de la Misión PCSD de la Unión Europea en Mali (EUCAP Sahel Mali) (EUCAP Sahel Mali/1/2017) (DOUE L 253, 30.09.2017, p. 37), se nombra al jefe de la Misión de Policía de la Unión Europea para los Territorios Palestinos (EUPOL COPPS) (EUPOL COPPS/1/2017) (DOUE L 259, 7.10.2017, p. 20), se nombra al jefe de la Misión de asistencia fronteriza de la Unión Europea para el paso fronterizo de Rafah (EU BAM Rafah) (EU BAM Rafah/2/2017) (DOUE L 344, 23.12.2017, p. 9), se nombra al Jefe de la Misión de Observación de la Unión Europea en Georgia (EUMM Georgia) (EUMM GEORGIA/1/2017) (DOUE L 344, 23.12.2017, p. 39), se nombra al comandante de la fuerza de la Misión de Formación Militar PCSD de la Unión Europea en la República Centroafricana (EUTM RCA) (EUTM RCA/4/2017) (DOUE L 344, 23.12.2017, p. 40), se prorroga el mandato de la jefa de la Misión de la Unión Europea de desarrollo de las capacidades en Somalia (EUCAP Somalia) (EUCAP Somalia/2/2017) (DOUE L 294, 11.11.2017, p. 40), y se prorroga el mandato del jefe de misión de la Misión asesora de la Unión Europea para la reforma del sector de la

seguridad civil en Ucrania (EUAM Ucrania) (EUAM Ucrania/2/2017) (DOUE L 303, 18.11.2017, p. 10).

Se decide sobre la Misión asesora de la Unión Europea en apoyo de la reforma del sector de la seguridad en Irak (EUAM Irak) (DOUE L 266, 17.10.2017, p. 12), se modifica la Decisión 2014/486/PESC relativa a la Misión asesora de la Unión Europea para la reforma del sector de la seguridad civil en Ucrania (EUAM Ucrania) (DOUE L 304, 21.11.2017, p. 48; DOUE L 337, 19.12.2017, p. 34), se modifica 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 304, 21.11.2017, p. 50), se modifica la Decisión 2010/452/PESC sobre la Misión de Observación de la Unión Europea en Georgia (EUMM Georgia) (DOUE L 324, 8.12.2017, p. 51) y se modifica la Decisión 2014/219/PESC relativa a la Misión PCSD de la Unión Europea en Mali (EUCAP Sahel Mali) (DOUE L 324, 8.12.2017, p. 52).

En cuanto a las Operaciones Militares de la UE, se nombra al Contraalmirante (LH) Javier Moreno Susanna Comandante de la Fuerza de la UE para la operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo central meridional (EUNAVFOR MED operación SOPHIA) a partir del 1 de septiembre de 2017, y se deroga la Decisión (PESC) 2017/681 (EUNAVFOR MED/2/2017) (DOUE L 233, 9.09.2017, p. 4). Posteriormente se decide otra vez sobre el nombramiento del Comandante de la Fuerza de la UE para la operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo central meridional (EUNAVFOR MED operación SOPHIA), se nombra al Contraalmirante (LH) Alberto Maffei y se deroga la Decisión (PESC) 2017/1534 (EUNAVFOR MED/3/2017) (DOUE L 344, 23.12.2017, p. 20).

Por otra parte, en relación con las Ayudas macrofinancieras, se concede una ayuda macrofinanciera a la República de Moldavia (DOUE L 243, 20.09.2017, p. 14).

Y finalmente, en cuanto al Control y reducción de armamentos, se adopta una decisión en apoyo de un mecanismo mundial de información sobre armas pequeñas y armas ligeras ilícitas y otras armas y municiones convencionales ilícitas, a fin de reducir el riesgo de su comercio ilegal («iTrace III») (DOUE L 328, 12.12.2017, p. 20). También se decide la prestación de asistencia a los Estados de África, Asia y el Pacífico, América Latina y el Caribe a efectos de su participación en el proceso de consulta del grupo preparatorio de alto nivel de expertos sobre un tratado de prohibición de la producción de material fisible (DOUE L 328, 12.12.2017, p. 32).

E igualmente se decide: apoyar las actividades de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (OPAQ) de ayuda a las operaciones de limpieza en la antigua planta de almacenamiento de armas químicas de Libia en el marco de la aplicación de la Estrategia de la UE contra la proliferación de armas de destrucción masiva (DOUE L 329, 13.12.2017, p. 49), apoyar la aplicación continua de la Reso-

lución 2118 (2013) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la Decisión EC-M-33/DEC.1 del Consejo Ejecutivo de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas sobre la destrucción de las armas químicas sirias, en el marco de la aplicación de la Estrategia de la UE contra la proliferación de armas de destrucción masiva (DOUE L 329, 13.12.2017, p. 55) y apoyar el Código de Conducta de La Haya y la no proliferación de misiles balísticos en el contexto de la aplicación de la Estrategia de la UE contra la proliferación de armas de destrucción masiva (DOUE L 337, 19.12.2017, p. 28).

XXI. ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

En la regulación de los visados, se decide la posición que se ha de adoptar en nombre de la Unión Europea, en el Comité Mixto instituido por el Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Armenia sobre la facilitación de la expedición de visados por lo que se refiere a la adopción de directrices comunes para la aplicación de dicho Acuerdo (DOUE L 276, 26.10.2017, p. 44). Se decide la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo entre la Unión Europea y Antigua y Barbuda por el que se modifica el Acuerdo entre la Comunidad Europea y Antigua y Barbuda sobre exención de visados para estancias de corta duración (DOUE L 297, 15.11.2017, p. 1), la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo entre la Unión Europea y Barbados por el que se modifica el Acuerdo entre la Comunidad Europea y Barbados sobre exención de visados para estancias de corta duración (DOUE L 297, 15.11.2017, p. 3), la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo entre la Unión Europea y la Commonwealth de las Bahamas por el que se modifica el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Commonwealth de las Bahamas sobre exención de visados para estancias de corta duración (DOUE L 297, 15.11.2017, p. 5), la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo entre la Unión Europea y la Federación de San Cristóbal y Nieves por el que se modifica el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Federación de San Cristóbal y Nieves sobre exención de visados para estancias de corta duración (DOUE L 297, 15.11.2017, p. 7), la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Mauricio por el que se modifica el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Mauricio sobre exención de visados para estancias de corta duración (DOUE L 297, 15.11.2017, p. 9) y la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de las Seychelles por el que se modifica el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de las Seychelles sobre exención de visados para estancias de corta duración (DOUE L 297, 15.11.2017, p. 11).

En relación con el convenio y el espacio de Schengen, se sustituye el anexo de la Decisión de Ejecución 2013/115/UE relativa al Manual SIRENE y otras medidas de ejecución para el Sistema de Información de Schengen de segunda generación

(SIS II) (DOUE L 231, 7.09.2017, p. 6) y la Comisión adopta una recomendación relativa a la aplicación de las disposiciones del Código de fronteras Schengen sobre la reintroducción temporal de controles fronterizos en las fronteras interiores en el espacio Schengen (DOUE L 259, 7.10.2017, p. 25)-

En lo que respecta a la regulación de la libre circulación, del asilo y los flujos migratorios, se modifican: el Reglamento (CE) n° 1030/2002 del Consejo por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países (DOUE L 286, 1.11.2017, p. 9), y el Reglamento (UE) 2016/399 en lo que respecta a la utilización del Sistema de Entradas y Salidas (DOUE L 327, 9.12.2017, p. 1). Se establece un Sistema de Entradas y Salidas (SES) para registrar los datos de entrada y salida y de denegación de entrada relativos a nacionales de terceros países que crucen las fronteras exteriores de los Estados miembros, se determinan las condiciones de acceso al SES con fines policiales y se modifican el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y los Reglamentos (CE) n° 767/2008 y (UE) n° 1077/2011 (DOUE L 327, 9.12.2017, p. 20), y la Comisión emite una recomendación por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno (DOUE L 339, 19.12.2017, p. 83)

En los ámbitos referidos a la justicia, se autoriza a Rumanía a aceptar, en interés de la Unión Europea, la adhesión de Chile, Islandia y Bahamas al Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (DOUE L 343, 22.12.2017, p. 70), se autoriza a Luxemburgo y a Rumanía a aceptar, en interés de la Unión Europea, la adhesión de Georgia y Sudáfrica al Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (DOUE L 348, 29.12.2017, p. 38), se autoriza a Croacia, los Países Bajos, Portugal y Rumanía a aceptar, en interés de la Unión Europea la adhesión de San Marino al Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (DOUE L 348, 29.12.2017, p. 41) y se autoriza a Austria y a Rumanía a aceptar, en interés de la Unión Europea, la adhesión de Panamá, Uruguay, Colombia y El Salvador al Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (DOUE L 348, 29.12.2017, p. 43).

Por último, en la lucha contra la delincuencia, se somete al N-(1-fenetilpiperidin-4-il)-N-fenilacrylamida (acriloilfentanilo) a medidas de control (DOUE L 251, 29.09.2017, p. 21), se somete a la N-fenil-N-[1-(2-feniletíl)piperidin-4-il]furan-2-carboxamida (furanilfentanilo) a medidas de control (DOUE L 306, 22.11.2017, p. 19), se modifica el Reglamento (CE) n° 1920/2006 en lo relativo al intercambio de información, al sistema de alerta rápida y al procedimiento de evaluación del riesgo de

las nuevas sustancias psicotrópicas (DOUE L 305, 21.11.2017, p. 1) y se modifica la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo para incluir las nuevas sustancias psicotrópicas en la definición de droga y por la que se deroga la Decisión 2005/387/JAI del Consejo (DOUE L 305, 21.11.2017, p. 12)

Disposiciones Generales de la Junta de Andalucía¹

Decreto 144/2017, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Apuestas de la Comunidad Autónoma de Andalucía

Este Decreto se ampara en el artículo 81.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía que atribuye a la Comunidad Autónoma de Andalucía la competencia exclusiva en materia de juegos, apuestas y casinos, incluidas las modalidades por medios informáticos y telemáticos, cuando la actividad se desarrolle exclusivamente en Andalucía y en la Ley 2/1986, de 19 de abril, del Juego y Apuestas de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que otorga facultades de desarrollo reglamentario al Consejo de Gobierno en su disposición adicional segunda. Trata de aportar un marco normativo para las empresas del sector que compatibilice su actividad con la prevención del juego por menores de edad y el fraude fiscal. Parte de que el principio de intervención mínima y de simplificación de los mecanismos de intervención administrativa en la actividad económica de las empresas acogidos en la Ley 3/2014, de 1 de octubre, de medidas normativas para reducir las trabas administrativas para las empresas es compatible, en este caso, por las razones de orden público indicadas, con el establecimiento de un régimen de autorizaciones y sanciones. El objeto del Decreto comprende, pues, la regulación y régimen jurídico de las apuestas sobre actividades deportivas o de competición, así como lo específicamente establecido para las apuestas hípcas y las de carreras de galgos, ya que éstas disponen de su regulación específica en el Reglamento de Hipódromos y Apuestas Hípcas de la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprobado por Decreto 295/1995, de 19 de diciembre y, por tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación del Decreto que reseñamos, y que solo les serán de aplicación cuando se utilicen medios o sistemas electrónicos, telemáticos, interactivos o de comunicación a distancia para la formalización electrónica de las apuestas hípcas.

Decreto-ley 2/2017, de 12 de septiembre, por el que se modifica la Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte de Andalucía

La Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte de Andalucía incluyó diversas previsiones cuya conformidad con el reparto constitucional de competencias. A lo largo del proceso negociador previo a la presentación por parte del Estado de un

¹ En esta sección, elaborada por Emilio GUICHOT REINA, se recogen y comentan las disposiciones generales más relevantes de la Junta de Andalucía publicadas en el BOJA en el tercer cuatrimestre de 2017 (septiembre-diciembre).

conflicto de competencias, quedaron identificados tres puntos de desacuerdo: la acreditación de las competencias y capacidades para el ejercicio de una profesión del deporte en la Comunidad Autónoma de Andalucía, la licencia deportiva y la exigencia del requisito de capacitación para el ejercicio profesional del deporte en la Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con aquellas personas que con anterioridad ya hubieran ejercido dicha actividad en otro Estado miembro de la Unión Europea o Comunidad Autónoma, sobre las que finalmente se llegó a un acuerdo por el que la Junta de Andalucía se comprometió a promover la modificación de la Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte de Andalucía, para introducir la siguiente disposición adicional, que se incorpora a través del Decreto-Ley que reseñamos: “Debe entenderse que las previsiones establecidas en los siguientes artículos: letra r) del artículo 4; letra ñ) de los artículos 11, 47, 49, 50, 82; todos los incluidos en el Título VII; letras p) y q) del artículo 116, así como de las disposiciones adicionales 1.ª a 4.ª y 6.ª; transitorias 4.ª a 6.ª y disposiciones finales 3.ª y 4.ª de la presente Ley, se refieren a los títulos aludidos en dichos preceptos en cuanto expresan la preparación en competencias y capacidades adecuadas para el ejercicio de las profesiones a las que aluden dichos preceptos. Por lo tanto, esos mismos grados de formación en competencias y capacidades pueden acreditarse tanto mediante los títulos a los que en cada caso alude la Ley como, de igual forma, mediante las otras titulaciones, acreditaciones o certificados de profesionalidad que resulten de las leyes estatales y del resto del ordenamiento jurídico vigente en cada momento». Además, se aprovecha para trasladar el mandato al Ejecutivo de desarrollar los Títulos VII (Del ejercicio profesional del deporte) y IX (Solución de litigios deportivos) de la Ley 5/2016 a abril de 2019, momento hasta el cual no entran en vigor los referidos Títulos de la Ley. En suma, todo un caso de laboratorio sobre separación de poderes y sistema de fuentes, par deleite de constitucionalistas: un Decreto-Ley que justifica su extraordinaria y urgente necesidad en la necesidad de evitar un conflicto competencial (que se “desactiva” previamente mediante un acuerdo por el que el Ejecutivo compromete la actuación del Legislativo) y que tiene como contenido integrar en el texto de la ley el contenido del acuerdo y postergar la entrada en vigor de una parte de la Ley.

Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía

Esta Ley se reivindica como la norma que traslada al ámbito autonómico andaluz el contenido de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que fue ratificada, junto con su Protocolo Facultativo, en 2007 por España, y entró en vigor el 3 de mayo de 2008. La

citada Convención impulsó, tal y como relata la Exposición de Motivos de la Ley, un cambio de paradigma en las políticas sobre discapacidad, pasando desde el enfoque asistencial al de garantía de derechos. De acuerdo con ello, reconoce a las personas con discapacidad los mismos derechos que tiene el resto de la población y reorienta las actuaciones públicas, desde un modelo biosanitario y rehabilitador, centrado en la enfermedad o en las deficiencias, a un modelo social basado en las capacidades y en la interacción con el entorno y la participación real y efectiva en todos los asuntos que les son propios. La Ley también promueve el respeto a la diversidad desde el reconocimiento del valor de las personas con capacidades o funcionalidades diferentes a las de la mayoría. Esta orientación implica un cambio fundamental de las políticas públicas, que han de dirigir sus objetivos a lograr la accesibilidad universal. Además, adopta medidas de discriminación positiva en el empleo, también en el privado, y la llamada perspectiva de género. El contenido de esta Ley es objeto de una atención monográfica en otro lugar de este número de la Revista, por lo que nos limitamos a esta reseña.

Decreto 153/2017, de 26 de septiembre, por el que se regula el procedimiento para la selección, nombramiento, evaluación, formación y reconocimiento de los directores y las directoras de los centros docentes públicos no universitarios de los que es titular la Junta de Andalucía

Este Decreto adapta la legislación educativa andaluza al nuevo modelo de mayores competencias y autonomía de los Directores de los centros docentes públicos no universitarios, así como reglas sobre su formación y selección, introducido con carácter básico en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE) y desarrollado por el Real Decreto 894/2014, de 17 de octubre. En Andalucía, esta materia reto venía siendo regulada hasta ahora por el Decreto 59/2007, de 6 de marzo, que se deroga ahora. En síntesis, la selección de los Directores se llevará a cabo por concurso de méritos en que participen la comunidad educativa y la Administración educativa, que exige una antigüedad mínima de cinco años con docencia, certificación de la superación de un curso de formación sobre el desarrollo de la función directiva y presentar un proyecto de dirección, puntuándose con un 50% los méritos académicos (entre los que se valoran otras titulaciones de Grado o Postgrado, así como impartición y docencia en relación con cursos de formación relacionados con la organización y el funcionamiento o dirección de centros docentes) y profesionales (antigüedad, experiencia y valoración positiva del trabajo previo desarrollado como cargo directivo, labor docente en el centro, etc.) y con el otro 50% el proyecto de dirección (que incluya, entre otros, los objetivos, las líneas de actuación y la evaluación del mismo, tal y como fija la norma estatal, así como el conocimiento del centro y de

su entorno y las estrategias de intervención, como dispone la Ley andaluza). La Comisión de Selección en Andalucía está compuesta por nueve miembros e integra representantes de la Administración educativa (un Inspector del Equipo de Inspección de Zona, un director de otro centro, dos funcionarios y un profesor) y representantes del centro docente (dos profesores elegidos por el claustro de entre sus representantes en el Consejo Escolar y dos miembros del Consejo escolar que no pertenezcan al claustro). El nombramiento, como dispone la normativa estatal, es por cuatro años, renovable por un solo período de igual duración. Se regula también la posibilidad de nombramiento con carácter extraordinario de cualquier profesor cuando no haya habido candidaturas o no hayan alcanzado una puntuación mínima, por parte del Delegado territorial. Elegido el director propondrá el nombramiento de los demás miembros del equipo directivo, obligando la ley andaluza a que se realice “de forma que permita la presencia equilibrada entre hombres y mujeres”. La norma regula también la evaluación del ejercicio de la dirección, la formación y apoyo y el reconocimiento de la función directiva, que incluye una retribución complementaria mientras permanezcan en activo y, a los que cumplan doce años en el cargo, el acceso al cuerpo de inspectores mediante concurso de méritos.

Decreto 154/2017, de 3 de octubre, por el que se regula el permiso del personal funcionario para atender el cuidado de hijos e hijas con cáncer u otra enfermedad grave

La regulación estatal vigente del permiso por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave se encuentra recogida, para el personal funcionario, en el artículo 49.e) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre y, para el personal laboral, en el artículo 51 del citado Texto Refundido y, además, en el artículo 37.6 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre; y en los artículos 190 a 192 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. Tras acordarlo con los sindicatos, este Decreto establece el desarrollo en Andalucía de las bases estatales. El Decreto define los distintos aspectos relacionados con el permiso. Entre ellos, el ámbito subjetivo de aplicación. También concreta el objeto del permiso, las enfermedades que a efectos del mismo se consideran graves, los requisitos para su concesión, pudiendo solicitarse el permiso cuando tenga lugar un ingreso hospitalario, así como durante el posterior tratamiento continuado en el domicilio familiar siempre que las personas afectadas requieran del cuidado directo, continuo y permanente de las personas progenitoras, biológicas o adoptantes, guardadoras, acogedoras o tutoras, y en los mismos términos cuando se origine una recaída. Se especifica, igualmente, la

documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos con el fin de agilizar su tramitación, el ejercicio del permiso en jornadas completas, los porcentajes mínimo y máximo de reducción de jornada.

Decreto 155/2017, de 3 de octubre, por el que se modifica el Decreto 193/2010, de 20 de abril, por el que se regula la calificación y se crea el Registro de Empresas de Inserción en Andalucía

Esta modificación reglamentaria tiene por objeto hacer efectivo el principio de unidad de mercado regulado en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, ya que el Decreto 193/2010, de 20 de abril, exigía aportar una auditoría anual, requisito éste que no venía contemplado en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción. Además, se modifica el concepto de víctimas de violencia de género de conformidad con el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, haciéndolo extensivo, además, a aquellas personas que convivan en el entorno violento, con independencia de que procedan de casas de acogida o programas de protección. Finalmente, se establece una nueva regulación en relación con la acreditación de la situación de exclusión, que permite que dicha circunstancia pueda ser acreditada, además de la Consejería competente de la Junta de Andalucía, por los Servicios Sociales de las Entidades Locales.

Orden de 5 de octubre de 2017, por la que se crea la bolsa de oferta de viviendas y se regula el procedimiento para la declaración de permuta protegida de vivienda

El Plan de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía 2016-2020, regulado en el Decreto 141/2016, de 2 de agosto, contempla entre sus actuaciones el Programa de permutas protegidas de vivienda, que tiene por objeto facilitar la permuta de viviendas tanto protegidas como libres. Igualmente prevé que mediante orden de la Consejería competente en materia de vivienda se cree y regule una bolsa de oferta de viviendas, donde se registren aquellas cuyas personas titulares necesiten permutarlas por otra más adecuada a sus circunstancias personales o familiares. Esta Orden regula tanto la creación de la bolsa de oferta de viviendas, como el procedimiento para la declaración de permuta protegida. Para que se considere actuación protegible, el Plan establece como requisitos que al menos una de las unidades familiares o de convivencia ocupe una vivienda no adecuada a sus circunstancias personales o familiares, por causa de aumento o disminución de la composición familiar, discapacidad que implique movilidad reducida o dependencia sobrevenida, víctimas de violencia de género o terrorismo, necesidad de desplazarse de localidad de residencia por moti-

vos laborales o familiares o disminución de los ingresos, que determine imposibilidad de hacer frente al pago de las cuotas hipotecarias o renta de la vivienda.

Decreto 168/2017, de 24 de octubre, por el que se crea la Oficina Andaluza de Evaluación Financiera

La disposición adicional trigésimo sexta del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, introducida por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, determina la competencia para analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y contratos de concesión de servicios públicos, atribuyéndosela a un órgano administrativo de nueva creación, la Oficina Nacional de Evaluación, mediante la emisión de un informe preceptivo. Respecto a las Comunidades Autónomas, la referida disposición faculta a las mismas, en ejercicio de sus competencias autoorganizativas, la decisión de crear su propio órgano al efecto o adherirse a la Oficina Nacional de Evaluación para que realice dicho informe. Por otro lado, en la disposición final quinta de la Ley 10/2016, de 27 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2017, se modifica el artículo 25 de la Ley 5/2012, de 26 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2013, sustituyendo la autorización prevista en dicho precepto para los proyectos de inversión que se ejecuten a través de fórmulas de colaboración público-privada por la emisión de un informe con carácter preceptivo y vinculante de la Consejería competente en materia de Hacienda. Por ello, el Decreto que reseñamos crea la Oficina Andaluza de Evaluación Financiera, adscrita a la Viceconsejería competente en materia de Hacienda, con la finalidad de analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y contratos de gestión de servicios públicos de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional trigésimo sexta del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Por otra parte, la Oficina será competente para informar los proyectos de inversión no incluidos en los contratos anteriores que se ejecuten a través de fórmulas de colaboración público-privada, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 5/2012, de 26 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2013. La Oficina Andaluza de Evaluación Financiera estará compuesta por seis miembros que serán el Viceconsejero de Hacienda, que la presidirá, el Secretario General competente en materia de sostenibilidad financiera, los Directores Generales competentes en materia de patrimonio, presupuestos y planificación económica y el Interventor General de la Junta de Andalucía.

Decreto 169/2017, de 24 de octubre, por el que se modifica el Decreto 525/2012, de 27 de noviembre, por el que se crea y regula el Consejo Andaluz de Protección de Animales de Compañía

La creación del Consejo Andaluz Protección de Animales de Compañía está prevista en la Ley 11/2003, de 24 de noviembre, de protección de los animales, cuya disposición adicional segunda establece que la Administración de la Junta de Andalucía dispondrá las medidas oportunas para la creación de un órgano de asesoramiento, consulta y estudio para el mejor cumplimiento de lo preceptuado en la ley. El Consejo de Gobierno aprobó el Decreto 525/2012, de 27 de noviembre, por el que se crea y regula el Consejo Andaluz de Protección de Animales de Compañía. La composición de este órgano consultivo respondía a la distribución y alcance de las funciones relacionadas con la protección de los animales de compañía, que se encontraban asignadas a la Consejerías con competencias en materia de régimen local, policía andaluza, sanidad animal y medio ambiente, así como a los Ayuntamientos y al Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Veterinarios. Ahora se varía su composición para incluir a representantes de sectores concernidos (asociaciones protectoras de los animales de compañía, asociaciones de criadores de perros como principal animal de compañía, asociaciones de establecimientos de venta de animales) y expertos (un representante de la Facultad de Veterinaria de la Universidad de Córdoba).

Decreto 174/2017, de 24 de octubre, por el que se establece el plazo máximo de resolución y notificación así como el porcentaje aplicable a las sanciones pecuniarias de los procedimientos sancionadores en materia de animales de compañía, incluidos los potencialmente peligrosos

El Decreto establece un plazo de seis meses para resolver y notificar los procedimientos sancionadores en esta materia, considerando los trámites y actuaciones que deben realizarse en este tipo de procedimiento. Además, como es sabido, el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre prevé que cuando la sanción sea exclusivamente pecuniaria y se produzcan alguno o ambos de los siguientes supuestos: que la persona infractora por una parte asuma la responsabilidad de los hechos que se le imputan y por otra parte, que proceda al pago de la sanción impuesta con carácter previo a dictar resolución, en ambos casos con renuncia de las acciones o recursos que en vía administrativa procedieran, se dé origen a una reducción de al menos un 20% sobre la cuantía de la sanción impuesta, siendo estos acumulables entre sí, y, además, posibilita que dicho porcentaje de reducción sea incrementado reglamentariamente. Pues bien, este Decreto lo incrementa para su ámbito de aplicación al 40%.

Decreto 184/2017, de 14 de noviembre, por el que se regula la organización y funcionamiento del Consejo Andaluz del Deporte

El Consejo Andaluz del Deporte se creó mediante la Ley 6/1998, de 14 de diciembre, del Deporte, y se desarrolló en el Decreto 143/2003, de 3 de junio. La Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte de Andalucía designa en su artículo 17 al Consejo Andaluz del Deporte como órgano colegiado, consultivo y de asesoramiento de la Administración de la Junta de Andalucía en materia deportiva. Establece que dentro del Consejo Andaluz del Deporte estarán representadas las consejerías con competencias relacionadas con la materia de deporte, las entidades locales andaluzas, las entidades deportivas andaluzas, las organizaciones de personas consumidoras y usuarias más representativas y las universidades andaluzas, así como aquellos otros organismos, entidades y personas expertas en deporte que se determinen reglamentariamente. Asimismo, contempla que su organización y régimen de funcionamiento se establecerá mediante decreto del Consejo de Gobierno. El Decreto que reseñamos procede a este desarrollo normativo.

Decreto 188/2017, de 21 de noviembre, por el que se regulan las entidades asociativas prioritarias agroalimentarias de Andalucía y se crea su Registro

Las entidades asociativas agroalimentarias, en particular las cooperativas, tienen una talla muy dispar: conviven entidades con capacidad para competir en los mercados tanto nacionales como internacionales, con otras de reducida dimensión y valor de producción comercializada, que sufren dificultades para asegurar su pervivencia. En los últimos tiempos se ha vivido un proceso de progresiva concentración, si bien aún hay una notable atomización. El Decreto que reseñamos reconoce la figura de Entidad Asociativa Prioritaria Agroalimentaria de Andalucía, como un instrumento complementario a la Entidad Asociativa Prioritaria supraautonómica creada mediante la Ley 13/2013, de 2 de agosto, de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario, y tiene por objetivo facilitar la competitividad de las entidades asociativas agroalimentarias andaluzas, fundamentalmente mediante su redimensionamiento, estableciendo para ello los principios que rigen los requisitos que han de satisfacer las Entidades Asociativas Prioritarias Agroalimentarias de Andalucía, y su proceso de reconocimiento. Se crea, como instrumento de gestión, el Registro de Entidades Asociativas Prioritarias Agroalimentarias de Andalucía responde también a la necesidad de crear un instrumento público que permita disponer de manera permanente, integrada y actualizada, de información relevante sobre el tejido asociativo agroalimentario andaluz, de cara a su planificación y ordenación, así como empleo de los datos registrales para su explotación con fines estadísticos.

Decreto 201/2017, de 19 de diciembre, por el que se crea el Registro Voluntario de Personas Interesadas en Participar en Ensayos Clínicos en Andalucía «ReVECA».

El marco jurídico vigente en materia de investigación clínica con medicamentos viene constituido por el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de garantía y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, que en su artículo 58.1 dispone que las autoridades sanitarias deberán facilitar la realización de los ensayos clínicos en el Sistema Nacional de Salud, tanto en el ámbito de la atención primaria como de la hospitalaria, y que dedica su Título III a regular las pautas esenciales de los ensayos clínicos, posteriormente desarrolladas por el Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos. La Estrategia de Investigación e Innovación en Salud 2014-2018 ha previsto, dentro de sus programas singulares, la realización de un programa de investigación clínica que incluye el desarrollo de ensayos clínicos para evaluar la eficacia o seguridad de diversas estrategias terapéuticas o diagnósticas. Uno de los objetivos de este programa es elaborar una cartera de servicios que sirva a los investigadores como herramienta para el acceso a los recursos de investigación disponibles en Andalucía. El 9 de junio de 2016 fue aprobada una Proposición no de Ley del Parlamento de Andalucía en la que se insta al Consejo de Gobierno a poner en marcha y organizar con todas las garantías legales de confidencialidad, un registro de pacientes que se ofrecen a participar en ensayos que se desarrollen en nuestra Comunidad, bajo la responsabilidad y custodia de la Consejería competente en materia de salud y de investigación biosanitaria, con el objetivo de, por una parte, facilitar al personal que investiga el acceso a estos datos y, por otra, dar esperanza a aquellas personas que confían en que su participación en estos ensayos dará lugar a nuevos fármacos que mejorarán su salud y su calidad de vida. El Registro, denominado «ReVECA», se crea, por tanto, con una doble finalidad: por una parte, establecer un cauce de participación transparente, seguro y accesible a la ciudadanía en la investigación sanitaria para que aquellas personas interesadas en incorporarse a un ensayo clínico puedan comunicar al Sistema Sanitario Público de Andalucía su disposición en este sentido, contribuyendo a incrementar el número de ensayos clínicos que se desarrollan en la Comunidad Autónoma de Andalucía y, por otra, facilitar así la actividad investigadora en Andalucía, agilizando la identificación de personas voluntarias en los ensayos clínicos y contribuyendo a fomentar su realización en la Comunidad Autónoma. El Registro puede ser consultado por el personal investigador del Sistema Sanitario Público de Andalucía para la búsqueda de personas voluntarias que reúnan las condiciones establecidas en el correspondiente protocolo del ensayo clínico. Se podrá consultar el

Registro tanto para ensayos con medicamentos o productos sanitarios como con otro tipo de terapias sujetas a la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica. Por otra parte, el Decreto 439/2010, de 14 de diciembre, por el que se regulan los órganos de ética asistencial y de la investigación biomédica en Andalucía, regula en su Capítulo II el Comité de Bioética de Andalucía, cuya composición se modifica ahora para reducir las personas representantes de carácter institucional, incrementar las de perfil profesional relacionados con la bioética e incluir las causas de cese de sus miembros.

Otras disposiciones de interés para la Comunidad Autónoma¹

PRESIDENCIA

Ley 5/2017, de 5 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2018 (BOJA 239, de 15 de diciembre).

Ley 6/2017, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley 3/2013, de 24 de julio, por la que se aprueba el Plan Estadístico y Cartográfico de Andalucía 2013-2017 (BOJA 248, de 29 de diciembre).

CONSEJERÍA DE LA PRESIDENCIA, ADMINISTRACIÓN LOCAL Y MEMORIA DEMOCRÁTICA

Decreto 142/2017, de 29 de agosto, por el que se modifican los Decretos 204/2015, de 14 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de la Presidencia y Administración Local, 209/2015, de 14 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, 213/2015, de 14 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Cultura, y 214/2015, de 14 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Justicia e Interior (BOJA 169, de 4 de septiembre).

Acuerdo de 26 de septiembre de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del Plan de Acción de Gobierno Abierto de la Junta de Andalucía (BOJA 189, de 2 de octubre).

Orden de 19 de octubre de 2017, por la que se acuerdan actuaciones específicas en Memoria Democrática en determinados municipios andaluces (BOJA 203, de 23 de octubre).

Decreto 172/2017, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Plan Director de las Dehesas de Andalucía, se crea su Comité de Seguimiento y se modifica el Decreto 57/2011, de 15 de marzo, por el que se regula la Comisión Andaluza para la Dehesa y el Decreto 530/2004, de 16 de noviembre, por el que se regula la composición, las funciones y el régimen de funcionamiento del Consejo Andaluz de Biodiversidad (BOJA 207, de 27 de octubre).

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.

Acuerdo de 14 de noviembre de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se modifican los Anexos I y III del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 21 de junio de 2005 por el que se determinan los servicios y actividades de carácter sanitario susceptibles de ser retribuidos mediante precios públicos, en los supuestos en los que exista un tercero obligado al pago de la asistencia (BOJA 221, de 17 de noviembre).

CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y CONOCIMIENTO

Decreto 151/2017, de 26 de septiembre, por el que se aprueba el Programa Estadístico y Cartográfico de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2017, y se modifica el Decreto 372/2009, de 17 de noviembre, por el que se regula la organización y funcionamiento del Sistema Estadístico de Andalucía (BOJA 189, de 2 de octubre).

Decreto 152/2017, de 26 de septiembre, por el que se establecen y regulan los Órganos Colegiados del Plan Estratégico de Internacionalización de la Economía Andaluza Horizonte 2020 (BOJA 189, de 2 de octubre).

Resolución de 8 de noviembre de 2017, de la Dirección General de Universidades, por la que se hace público el Acuerdo de 30 de octubre de 2017, de la Comisión Coordinadora Interuniversitaria de Andalucía, por la que se actualizan los plazos y los calendarios para la participación en el procedimiento para la obtención de los requisitos que permitan el acceso a los estudios universitarios de grado de las personas mayores de 40 y 45 años, que no posean otros requisitos para el acceso a la Universidad, que se celebre en el curso 2017-2018 (BOJA 226, de 24 de noviembre).

Resolución de 8 de noviembre de 2017, de la Dirección General de Universidades, por la que se hace público el Acuerdo de 30 de octubre de 2017, de la Comisión Coordinadora Interuniversitaria de Andalucía por el que se actualizan los plazos y el calendario para la participación en la Prueba de Acceso a la Universidad para mayores de 25 años que se celebre en el curso 2017-2018 (BOJA 226, de 24 de noviembre).

Resolución de 4 de diciembre de 2017, de la Dirección General de Universidades, por la que se establece el número de profesorado emérito de las Universidades Públicas de Andalucía, para el curso académico 2017/2018 (BOJA 239, de 15 de diciembre).

Decreto 197/2017, de 12 de diciembre, por el que se aprueba la modificación de los Estatutos de la Universidad de Cádiz, aprobados por Decreto 281/2003, de 7 de octubre (BOJA 239, de 15 de diciembre).

Resolución de 12 de diciembre de 2017, de la Dirección General de Universidades, por la que se hace público el Acuerdo de 29 de noviembre de 2017 de la Comisión del Distrito Único Universitario de Andalucía, por el que se establece el

procedimiento para el ingreso en los másteres universitarios que se impartan en el curso 2018-2019 (BOJA 242, de 20 de diciembre).

CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Orden de 18 de septiembre de 2017, por la que se establece la distribución de los créditos derivada del Decreto de la Presidenta 12/2017, de 8 de junio, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración de Consejerías, así como las reglas aplicables a la modificación, gestión y fiscalización de los créditos afectados (BOJA 184, de 25 de septiembre).

Resolución de 19 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Patrimonio, por la que se deroga la declaración de necesaria uniformidad de microordenadores y periféricos, cuyo acuerdo marco de homologación ha expirado su vigencia (BOJA 190, de 3 de octubre).

Decreto 165/2017, de 17 de octubre, por el que se autoriza la concertación de operaciones de endeudamiento hasta un importe máximo de mil quinientos diez millones cincuenta mil euros (BOJA 203, de 23 de octubre).

Resolución de 19 de octubre de 2017, de la Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública, por la que se determina la cuantía de la ayuda de acción social para atención a personas con discapacidad para el ejercicio 2017 (BOJA 213, de 7 de noviembre).

Resolución de 20 de octubre de 2017, de la Dirección General de Patrimonio, por la que se aprueba el Plan de Inspección del Juego y Apuestas, para el período 2018-2020 (BOJA 223, de 21 de noviembre).

Orden de 6 de noviembre de 2017, sobre cierre del ejercicio presupuestario de 2017 (BOJA 215, de 9 de noviembre).

Orden de 24 de noviembre de 2017, por la que se establecen normas para la gestión, seguimiento y control de los ingresos y gastos de los servicios Transferencias Finalistas y Otros ingresos finalistas (BOJA 231, de 1 de diciembre).

Resolución de 13 de diciembre de 2017, de la Dirección General de Tesorería y Deuda Pública, por la que se hace público el calendario de subastas ordinarias del Programa de Emisión de Pagarés de la Junta de Andalucía para el año 2018 y se convocan las correspondientes subastas a realizar dentro del mismo (BOJA 245, de 26 de diciembre).

Orden de 15 de diciembre de 2017, por la que se publica la modificación del Anexo I y los valores de las variables establecidas en el artículo 10 de la Ley 6/2010,

de 11 de junio, reguladora de la Participación de las Entidades Locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 243, de 21 de diciembre).

Acuerdo de 26 de diciembre de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Acuerdo de la Mesa General de Negociación Común del Personal Funcionario, Estatutario y Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, de 18 de diciembre de 2017, sobre medidas transitorias para ordenar la jornada de trabajo y horarios del personal empleado público de la Junta de Andalucía (BOJA 246, de 27 de diciembre).

CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN

Resolución de 12 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Profesorado y Gestión de Recursos Humanos, por la que se determina el desarrollo de las líneas estratégicas de formación del profesorado establecidas en el III Plan Andaluz de Formación Permanente del Profesorado y la elaboración de los proyectos de formación para el curso 2017/18 (BOJA 183, de 22 de septiembre).

Orden de 28 de septiembre de 2017, por la que se hace público el modelo de documento administrativo en el que se formalizarán los convenios con los Ayuntamientos, Diputaciones Provinciales y otras Entidades Locales, para el uso de las instalaciones de los centros docentes públicos fuera del horario escolar (BOJA 192, de 5 de octubre).

Orden de 17 de octubre de 2017, por la que se regula el procedimiento para obtener el reconocimiento como Instituto Histórico Educativo de Andalucía (BOJA 209, de 31 de octubre).

Orden de 10 de noviembre de 2017, por la que se desarrolla el procedimiento para la selección y el nombramiento de los directores y las directoras de los centros docentes públicos no universitarios de los que es titular la Junta de Andalucía (BOJA 222, de 20 de noviembre).

Decreto 183/2017, de 14 de noviembre, por el que se modifica el Decreto 207/2015, de 14 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Educación (BOJA 225, de 23 de noviembre).

Decreto 194/2017, de 5 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Pública Andaluza de Educación (BOJA 236, de 12 de diciembre).

Resolución de 11 de diciembre de 2017, de la Dirección General de Planificación y Centros, por la que se establece el calendario de actuaciones del procedimiento para solicitar acogerse al régimen de conciertos educativos, o la renovación

o modificación de los mismos, para el curso académico 2018/19 (BOJA 245, de 26 de diciembre).

Orden de 28 de diciembre de 2017, por la que se establece la ordenación y el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria para personas adultas en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 249, de 30 de diciembre).

CONSEJERÍA DE SALUD

Resolución de 22 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Profesionales del Servicio Andaluz de Salud, por la que se dispone la aprobación y publicación del texto refundido y actualizaciones del Pacto de Mesa Sectorial de Sanidad, suscrito entre la Administración Sanitaria de Andalucía-SAS y las Organizaciones Sindicales que se citan, el 26 de junio de 2017, sobre sistema de selección de personal estatutario temporal para puestos básicos en el Servicio Andaluz de Salud (BOJA 192, de 5 de octubre).

CONSEJERÍA DE IGUALDAD Y POLÍTICAS SOCIALES

Acuerdo de 17 de octubre de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el IV Plan Andaluz del Voluntariado para el período 2017-2020 (BOJA 205, de 25 de octubre).

Decreto 175/2017, de 31 de octubre, por el que se regula el contenido y procedimiento de elaboración del Informe Bienal de la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía (BOJA 213, de 7 de noviembre).

Acuerdo de 31 de octubre de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan Integral para la inclusión de la Comunidad Gitana de Andalucía para el período 2017-2020 (BOJA 213, de 7 de noviembre).

Orden de 28 de noviembre de 2017, por la que se modifica la 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 ayudas económicas familiares correspondientes al ejercicio 2017 (BOJA 232, de 4 de diciembre).

Orden de 4 de diciembre de 2017, por la que se determina la composición y funcionamiento de la Comisión Estadística y Cartográfica y de la Unidad Estadística y Cartográfica de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales (BOJA 236, de 12 de diciembre).

Orden de 5 de diciembre de 2017, por la que se modifica la Orden de 10 de octubre de 2013, por la que se regulan las Ayudas Económicas Familiares y su gestión mediante la cooperación entre la Junta de Andalucía y las Entidades Locales (BOJA 239, de 15 de diciembre).

Decreto-ley 3/2017, de 19 de diciembre, por el que se regula la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía (BOJA 245, de 26 de diciembre).

Acuerdo de 19 de diciembre de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario a favor de las personas perceptoras de las pensiones del Fondo de Asistencia Social y de las beneficiarias del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos para el año 2018 (BOJA 244, de 22 de diciembre).

Acuerdo de 19 de diciembre de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario a favor de pensionistas por jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas, para el año 2018 (BOJA 244, de 22 de diciembre).

Acuerdo de 19 de diciembre de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se distribuyen créditos entre Ayuntamientos de municipios con población superior a 20.000 habitantes y Diputaciones Provinciales, al objeto de financiar el refuerzo de los servicios sociales comunitarios en el desarrollo de las competencias atribuidas en materia de dependencia (BOJA 244, de 22 de diciembre).

Corrección de errores de la 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 236, de 12 de diciembre).

CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO

Orden de 25 de julio de 2017, por la que se regula la tarjeta de acreditación de la identidad de las personas que ejercen la inspección en materia de comercio en el ámbito de la Junta de Andalucía (BOJA 179, de 18 de septiembre).

Acuerdo de 5 de septiembre de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del Plan Estratégico para la incorporación de la ciudadanía a la Sociedad y la Economía Digital (BOJA 179, de 18 de septiembre; corrección de errores en el BOJA 211, de 3 de noviembre).

Orden de 5 de septiembre de 2017, por la que se aprueba la modificación de la Estrategia de Infraestructuras de Telecomunicaciones de Andalucía 2020 (BOJA 179, de 18 de septiembre).

Orden de 15 de septiembre de 2017, por la que se exceptúa a las entidades que se relacionan en el Anexo adjunto de las limitaciones establecidas en el artículo 124.1

del Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo (BOJA 191, de 4 de octubre).

Orden de 29 de septiembre de 2017, por la que se modifica la Orden de 2 de junio de 2016, por la que se regulan los programas de Escuelas Taller, Casas de Oficios, Talleres de Empleo y Unidades de Promoción y Desarrollo en la Junta de Andalucía, y se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas en régimen de concurrencia competitiva a dichos programas (BOJA 191, de 4 de octubre).

Resolución de 30 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información, por la que se asignan las funciones de la Unidad de Seguridad TIC Corporativa (BOJA 193, de 6 de octubre).

Orden de 9 de octubre de 2017, por la que se establece el calendario de domingos y festivos en que los establecimientos comerciales podrán permanecer abiertos al público durante el año 2018 (BOJA 198, de 16 de octubre).

Resolución de 9 de noviembre de 2017, de la Dirección General de Industria, Energía y Minas, por la que se modifica el Anexo II de la Orden de 5 de marzo de 2013, por la que se dictan normas de desarrollo del Decreto 59/2005, de 1 de marzo, por el que se regula el procedimiento para la instalación, ampliación, traslado y puesta en funcionamiento de los establecimientos industriales, así como el control, responsabilidad y régimen sancionador de los mismos (BOJA 225, de 23 de noviembre).

Acuerdo de 14 de noviembre de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la Estrategia Andaluza de Seguridad y Salud en el Trabajo 2017-2022 (BOJA 222, de 20 de noviembre).

Resolución de 22 de noviembre de 2017, de la Dirección General de Industria, Energía y Minas, por la que se aprueban los Planes Generales de Inspección en el área de industria, energía y minas para el bienio 2018-19 (BOJA 231, de 1 de diciembre).

Resolución de 30 de noviembre de 2017, de la Dirección General de Comercio, por la que se autoriza a determinados municipios la permuta de un domingo o festivo del calendario en que los establecimientos comerciales podrán permanecer abiertos al público durante el año 2018 (BOJA 234, de 7 de diciembre).

Decreto 192/2017, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Programa de Fomento del Empleo Industrial y Medidas de Inserción Laboral en Andalucía (BOJA 238, de 14 de diciembre).

Resolución de 18 de diciembre de 2017, de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, por la que se publica la relación de fiestas

locales de los municipios de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2018 (BOJA 244, de 22 de diciembre).

Resolución de 19 de diciembre de 2017, de la Dirección General de Comercio, por la que se aprueba el Plan de Inspección Comercial de Andalucía para el año 2018 (BOJA 246, de 27 de diciembre).

Orden de 19 de diciembre de 2017, por la que se otorga el reconocimiento de la condición de oficial a las Ferias Comerciales de Andalucía y se aprueba el calendario para el año 2018 (BOJA 247, de 28 de diciembre).

Orden de 26 de diciembre de 2017, por la que se aprueba el Plan Estratégico de Subvenciones del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales para el período 2017-2020 (BOJA 248, de 29 de diciembre).

Orden de 26 de diciembre de 2017, por la que se prorrogan los efectos de la Orden de 23 de enero de 2015, por la que se aprueba el Plan de Activación del Comercio Ambulante en Andalucía para el periodo 2015/2017 (BOJA 248, de 29 de diciembre).

CONSEJERÍA DE FOMENTO Y VIVIENDA

Orden de 18 de diciembre de 2017, de desarrollo y tramitación del Programa de Regeneración del Espacio Público Urbano en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 243, de 21 de diciembre).

CONSEJERÍA DE TURISMO Y DEPORTE

Acuerdo de 19 de septiembre de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se declara municipio turístico al municipio de Punta Umbría (Huelva) (BOJA 184, de 25 de septiembre).

CONSEJERÍA DE CULTURA

Decreto 156/2017, de 3 de octubre, por el que se crea el Museo Ibero (BOJA 193, de 9 de octubre).

Orden de 6 de noviembre de 2017, por la que se determina la composición y funcionamiento de la Comisión Estadística y Cartográfica y de la Unidad Estadística y Cartográfica de la Consejería de Cultura (BOJA 217, de 13 de noviembre; corrección de errata en el BOJA 219, de 15 de noviembre).

CONSEJERÍA DE JUSTICIA E INTERIOR

Resolución de 29 de noviembre de 2017, de la Secretaría General para la Justicia, por la que se publica el convenio entre el Ministerio de Justicia y la Comunidad

Autónoma de Andalucía, por el que se formalizan los compromisos financieros del Acuerdo de Consejo de Ministros de 25 de agosto de 2017 en el que se aprueba la distribución del crédito del programa para reforma de la Administración de Justicia (BOJA 237, de 13 de diciembre).

CONSEJERÍA DE AGRICULTURA, PESCA Y DESARROLLO RURAL

Resolución de 14 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Ayudas Directas y de Mercados, por la que se declara con carácter excepcional el uso del pastoreo o siega con fines productivos en barbechos declarados como superficie de interés ecológico en el pago verde, para la campaña de solicitud 2017 (BOJA 183, de 22 de septiembre).

Resolución de 18 de septiembre de 2017, de la Dirección General de la Producción Agrícola y Ganadera, por la que se declara oficialmente la existencia de los organismos nocivos *Epitrix papa* y *Epitrix cucumeris*, se establecen nuevas zonas demarcadas, así como medidas fitosanitarias obligatorias para su control, en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 183, de 22 de septiembre).

Resolución de 18 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Ayudas Directas y de Mercados, por la que se modifica la de de 25 de julio de 2017, 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 184, de 25 de septiembre).

Orden de 19 de septiembre de 2017, por la que se aprueba el Reglamento Específico de Producción Integrada de frutos rojos: Arándanos y Frambuesa y Mora (BOJA 184, de 25 de septiembre).

Resolución de 3 de octubre de 2017, de la Secretaría General de Fondos Europeos Agrarios, por la que se adoptan los porcentajes de reducción y exclusiones de los pagos en el Marco de la Política Agrícola Común por incumplimientos de requisitos y normas en materia de condicionalidad, para la campaña 2017 (BOJA 198, de 16 de octubre).

Orden de 16 de octubre de 2017, por la que se crea la Oficina Comarcal Agraria de Los Pedroches III, se redefine el ámbito territorial de la Oficina Comarcal Agraria de Los Pedroches I y se modifica la Orden de 23 de febrero de 1999, que se cita (BOJA 201, de 19 de octubre).

Resolución de 19 de octubre de 2017, de la Dirección General de Ayudas Directas y de Mercados, por la que se acuerda la modificación del plazo concedido a los agricultores para la presentación de Comunicaciones de Cesión de Derechos de Pago Básico de la Campaña 2018, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 207, de 27 de octubre).

Acuerdo de 14 de noviembre de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación de la Estrategia Andaluza para la Competitividad de la Industria Transformadora de los Productos de la Pesca y la Acuicultura (BOJA 221, de 14 de noviembre).

Orden de 23 de noviembre de 2017, por la que se adaptan las jornadas y los horarios de las actividades de marisqueo y pesca profesional en el litoral andaluz (BOJA 228, de 28 de noviembre; corrección de errores en el BOJA 239, de 15 de diciembre).

Resolución de 28 de noviembre de 2017, de la Dirección General de Ayudas Directas y de Mercados, por la que se hacen públicos los criterios para la aplicación de las reducciones, sanciones y exclusiones en caso de incumplimiento de los requisitos y condiciones de admisibilidad, compromisos y otros requisitos obligatorios, en relación con las operaciones de la Medida 10: Agroambiente y Clima, de la Medida 11: Agricultura Ecológica y de la Medida 13: Pago a zonas con limitaciones naturales u otras limitaciones específicas, incluida en el Programa de Desarrollo Rural de Andalucía 2014-2020, gestionadas por la Dirección General de Ayudas Directas y de Mercados (BOJA 235, de 11 de diciembre).

Resolución de 30 de noviembre de 2017, de la Dirección General de la Producción Agrícola y Ganadera, por la que se publica la Instrucción sobre modificaciones del periodo de conversión en producción ecológica (RRPC, APC, RPC) (BOJA 238, de 14 de diciembre).

Resolución de 4 de diciembre de 2017, de la Dirección General de la Producción Agrícola y Ganadera, por la que se establecen nuevas zonas demarcadas de los organismos nocivos *Epitrix papa* y *Epitrix cucumeris*, así como medidas fitosanitarias obligatorias para su control, en la provincia de Cádiz (BOJA 236, de 12 de diciembre).

Orden de 11 de diciembre de 2017, por la que se modifica la 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 y de reconocimiento de los grupos de acción locales del sector pesquero, y se establecen las bases reguladoras para la concesión de las ayudas a proyectos acogidos a dichas estrategias (BOJA 238, de 14 de diciembre).

Acuerdo de 12 de diciembre de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan Estratégico para la Agroindustria de Andalucía, horizonte 2020 (BOJA 241, de 19 de diciembre).

Corrección de errata de la 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 (BOJA 170, de 5 de septiembre).

Corrección de errores del Decreto 70/2016, de 1 de marzo, por el que se establece la organización y el régimen de funcionamiento del organismo pagador de los gastos financiados por el Fondo Europeo Agrícola de Garantía y por el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural en la Comunidad Autónoma de Andalucía y se designa al organismo de certificación, BOJA 43, de 4 de marzo (BOJA 213, de 7 de noviembre).

CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

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 174, de 11 de septiembre).

Resolución de 7 de septiembre de 2017, de la Delegación Territorial de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio en Almería, sobre recogida de hongos en los terrenos forestales de la provincia (BOJA 185, de 26 de septiembre).

Decreto 150/2017, de 19 de septiembre, por el que se aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del ámbito Los Alcornocales, se amplía el ámbito territorial del Parque Natural Los Alcornocales y de la Zona de Especial Protección para las Aves Los Alcornocales (ES0000049), y se aprueba el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Natural Los Alcornocales (BOJA 194, de 9 de octubre).

Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Planificación y Gestión del Dominio Público Hidráulico, por la que se hace pública la Resolución de 25 de julio de 2017, de la Dirección General de Planificación y Gestión del Dominio Público Hidráulico, por la que se adoptan las medidas dispuestas en el artículo 54 de la Ley de Aguas de Andalucía, para mejorar el estado cuantitativo y

cualitativo de la masa de agua subterránea 060.013 Campo de Dalías-Sierra de Gádor, Almería (BOJA 193, de 9 de octubre).

Orden de 11 de octubre de 2017, por la que se amplía para el año 2017 la época de peligro alto de incendios forestales (BOJA 197, de 13 de octubre).

Resolución de 27 de octubre de 2017, de la Delegación Territorial de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio en Jaén, sobre recogida de setas en los terrenos forestales de la provincia (BOJA 211, de 3 de noviembre).

Acuerdo de 7 de noviembre de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan de Recuperación y Conservación de Invertebrados Amenazados y Fanerógamas del Medio Marino (BOJA 219, de 15 de noviembre).

Resolución de 7 de noviembre de 2017, de la Delegación Territorial de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio en Granada, sobre recogida de setas en los terrenos forestales de la provincia (BOJA 221, de 17 de noviembre).

Decreto 191/2017, de 28 de noviembre, por el que se declara la zona especial de conservación Sierras de Cazorla, Segura y Las Villas (ES0000035) y se aprueban el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Natural Sierras de Cazorla, Segura y Las Villas (BOJA 246, de 27 de diciembre).

Orden de 29 de noviembre de 2017, por la que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Andaluz de Ordenación del Territorio y Urbanismo (BOJA 233, de 5 de diciembre).

Resolución de 19 de diciembre de 2017, de la Secretaría General de Medio Ambiente y Cambio Climático, por la que se determinan las excepciones a la recuperación de costes de los cánones de regulación y tarifas de utilización del agua en las Cuencas Intracomunitarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el ejercicio 2017 (BOJA 246, de 27 de diciembre).

Resolución de 19 de diciembre de 2017, de la Dirección General de Infraestructuras y Explotación del Agua, por la que se prorroga el canon de trasvase Guadaro-Majaceite para el ejercicio 2017 (BOJA 246, de 27 de diciembre).

Resolución de 19 de diciembre de 2017, de la Dirección General de Infraestructuras y Explotación del Agua, por la que se prorrogan los cánones de regulación y tarifas de utilización del agua vigentes en las cuencas intracomunitarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía para los ejercicios 2017 y 2018 (BOJA 247, de 28 de diciembre).

Resolución de 23 de diciembre de 2017, de la Dirección General de Infraestructuras y Explotación del Agua, por la que se aprueba el canon de trasvase Guadaro-Majaceite, ejercicio 2018 (BOJA 248, de 29 de diciembre).

NOTICIAS DE LA
ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA



INFORME¹

La nueva regulación de los derechos y de la atención a las personas con discapacidad en Andalucía

I.- INTRODUCCIÓN

El Parlamento de Andalucía ha aprobado la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía (BOJA 191, de 4 de octubre²), que pretende -tardíamente- adecuar el Derecho de Andalucía en la materia a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo³. Consta de un título preliminar (“Disposiciones generales”), al que le siguen otros trece, tres disposiciones adicionales, una disposición derogatoria⁴ y tres disposiciones finales.

Su entrada en vigor se produjo a los veinte días de la publicación en el BOJA (disposición final tercera), fecha a partir de la cual comenzó tanto el cómputo del plazo de un año para “iniciar el trámite de elaboración” (*sic*) de la norma que regule el uso de los perros de asistencia por personas con discapacidad (disposición adicional primera), como el de doce meses para que el Consejo de Gobierno apruebe la formulación de los planes previstos en los artículos 12, 27 y 70 (disposición adicional

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.

² El BOJA 215, de 9 de noviembre, publica la corrección de errores.

³ La Convención fue aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. La ratificación por parte de España se produjo en 2007 y entró en vigor el 31 de mayo de 2008. La adaptación de la legislación estatal tuvo lugar mediante la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, seguida del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (TR en lo sucesivo).

⁴ Contiene la cláusula derogatoria general y la derogación específica de la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de atención a las personas con discapacidad en Andalucía; del artículo 116 de la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas; y de la disposición adicional décima del Decreto 293/2009, de 7 de julio, por el que se aprueba el reglamento que regula las normas para la accesibilidad en las infraestructuras, el urbanismo y la edificación en Andalucía. Hay que tener en cuenta que las normas reglamentarias aprobadas en desarrollo de la Ley 1/1999 se mantienen en vigor hasta su adaptación a lo dispuesto en la Ley en lo que no se oponga a ella (disposición final primera).

tercera), que son el Plan de Acción Integral para Mujeres con Discapacidad de Andalucía⁵, el Plan de Empleo de las Personas con Discapacidad⁶ y el Plan de Acción Integral para las Personas con discapacidad en Andalucía⁷.

II.- ASPECTOS CLAVE DE LA LEY 4/2017

Como se ha anticipado, la Ley 4/2017 pretende adecuar la legislación andaluza a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, lo que supone un cambio de paradigma de la política en la materia, con un nuevo enfoque centrado en la garantía de los derechos que deja atrás la sola consideración asistencial⁸: “[p]romover y garantizar los derechos de las personas con discapacidad y de sus familias” es el primer objeto que anuncia el artículo 1 de la Ley, poniendo el énfasis en los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, así como en el fomento “de la capacitación y el empoderamiento personal y social de las personas con discapacidad”. Igualmente, parte de la consideración de la discapacidad como “la situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” [artículo 4.a)]⁹ y, al efecto, se destaca como segundo objeto el impulso del “desarrollo de una

⁵ Hasta la fecha se ha aprobado el Plan de Acción Integral para las Mujeres con Discapacidad en Andalucía 2008-2013 (Acuerdo del Consejo de Gobierno de 14 de octubre de 2008, publicado en el BOJA 224, de 11 de noviembre).

⁶ El precedente es el Plan de Empleabilidad para las personas con discapacidad en Andalucía 2007-2013, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 20 de noviembre de 2007 (BOJA 7, de 10 de enero de 2008). El cambio de denominación es significativo: como puso de manifiesto en el debate final del Proyecto de Ley la portavoz del Grupo Parlamentario Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía, “[l]as personas tienen derecho al empleo, no otra cuestión” (Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía núm. 92, X Legislatura, 13 de septiembre de 2017, p. 12). La sustitución del término “empleabilidad” por “empleo” en el que hoy es el artículo 27 tuvo lugar durante la tramitación del Proyecto de Ley; en la corrección de errores publicada en el BOJA 215, de 9 de noviembre, se enmienda la mención en el artículo 70.1 al “Plan de empleabilidad”, indicándose que debe decir “Plan de empleo”.

⁷ El I Plan de Acción Integral para las Personas con Discapacidad en Andalucía (2003-2006) se aprobó por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 2 de diciembre de 2003 (BOJA 3, de 7 de enero de 2004). El II Plan de Acción Integral para las Personas con Discapacidad en Andalucía 2011-2013 se aprobó por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de mayo de 2011 (BOJA 106, de 1 de junio). Las fechas hablan por sí solas.

⁸ *Vid.* la exposición de motivos.

⁹ El concepto de discapacidad coincide con el recogido en el artículo 2.a) TR. La exposición de motivos de la Ley alude con mayor claridad a “la noción de discapacidad como complemento circunstancial que, en modo alguno, debe ser considerada como esencia sino como estado”. El artículo 5.2, por su parte, subraya que los fines esenciales que persigue la Ley van dirigidos, entre otros extremos, “a la aceptación de la discapacidad como parte de la diversidad de la condición humana”. También el artículo 6.d), que

sociedad inclusiva y accesible que permita a las personas con discapacidad... el pleno desarrollo de sus capacidades en igualdad de oportunidades con el resto de la ciudadanía” [artículo 1.b)].

Los fines esenciales de la Ley (artículo 5.1) y los principios de actuación (artículo 6) avanzan en las direcciones señaladas. En particular, los fines esenciales¹⁰ son: a) Garantizar la igualdad de oportunidades y el pleno ejercicio de derechos de las personas con discapacidad, así como prevenir y erradicar cualquier causa de discriminación por razón de la discapacidad; b) Promover la participación activa de las personas con discapacidad en los diferentes ámbitos sociales, sanitarios, culturales, deportivos, laborales, económicos y políticos; c) Fomentar la visibilidad, capacitación, empoderamiento y liderazgo de las personas con discapacidad; d) Prevenir situaciones de discapacidad y dependencia y propiciar la calidad de vida, la autodeterminación y la vida independiente en la comunidad para las personas con discapacidad; e) Promover condiciones de vida dignas para las personas con discapacidad mediante la atención integral de sus necesidades; f) Fomentar el desarrollo de las capacidades de los niños y niñas con discapacidad, con garantía del desarrollo de sus potencialidades, respeto a su diversidad y participando en la toma de decisiones, con el objeto de que ejerzan plenamente los derechos que como menores tienen; g) Facilitar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, al transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y la comunicación, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público; h) Ofrecer un apoyo, información y formación a las personas que prestan cuidados y a las familias; i) Promover el valor de la accesibilidad universal como factor de calidad de vida en la sociedad andaluza; j) Promover un aprendizaje inclusivo y reducir las desigualdades en salud de las personas con discapacidad; k) Promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres a través de la incorporación de la perspectiva de género y garantizar acciones positivas que contribuyan a compensar las desigualdades de género que se suman a las que devienen por razón de discapacidad; l) Preservar los derechos de las personas con discapacidad víctimas de violencia, con especial atención a las situaciones de violencia de género o violencia sexual y a las personas con necesidades de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica; m) Promover el respeto a la orientación e identidad sexual de las personas con discapacidad; n) Promover el respeto a la imagen de las personas con discapacidad, preservar su privacidad, la no utilización o reproducción de su imagen sin las garantías jurídicas adecuadas; ñ) Mejorar la información y el conocimiento sobre la discapacidad en Andalucía, y transmitir una

reproduce el artículo 3.d) TR, proclama como principio de actuación “[e]l respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas”.

¹⁰ Los principios de actuación coinciden con los del artículo 3 TR.

imagen real y positiva de la discapacidad a fin de evitar la estigmatización social de las personas con discapacidad; o) Prevenir la discriminación en el acceso al empleo, incorporando actuaciones que faciliten la inclusión e integración transversal de la igualdad de oportunidades en el diseño, implantación y evaluación de las políticas públicas de empleo.

Para la consecución de los fines señalados, la Ley articula una serie de prescripciones de distinto tipo que agrupa en los títulos I a XII de la Ley del siguiente modo: “De la igualdad de oportunidades y no discriminación” (título I); “De la atención integral” (título II); “De la salud” (título III); “De la educación” (título IV); “De la formación y el empleo” (título V); “De los servicios sociales” (título VI); “De la cultura, el turismo, el deporte y otras actividades de ocio” (título VII); “De la vida independiente, de la accesibilidad universal y el diseño para todas las personas” (título VIII); “De las tecnologías y la investigación” (título IX); “Protección jurídica de las personas con discapacidad” (título X); “De los medios de comunicación social y la publicidad” (título XI); y “De la gobernanza en materia de personas con discapacidad” (título XII). Se incluyen también las previsiones específicas en materia sancionadora (título XIII). Luce en esta distribución de materias el enfoque transversal de la Ley, en consonancia con el objeto que señala el artículo 1.c): “asegurar el carácter transversal, participativo e intersectorial de las actuaciones públicas de atención a las personas con discapacidad”.

De este conjunto de preceptos sobresalen los artículos 62 y 63. El primero proclama el derecho de las personas con discapacidad “a la autonomía y a tomar sus propias decisiones acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias”; añade que “[c]on esta finalidad se impulsarán y facilitarán los instrumentos de autotutela adaptados a sus particulares circunstancias”. El artículo 6 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (TR en lo sucesivo), también reconoce el derecho a la libre toma de decisiones, aunque recuerda que debe tenerse en cuenta la capacidad para tomar el tipo de decisión en concreto, aspecto este que la Ley andaluza omite. El artículo 63 eleva el interés de la persona discapacitada a la categoría de “interés superior”, consagrando su derecho a que “sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado”; ese interés superior “en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes”, debe primar “sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir”.

No abundan en la Ley elementos novedosos que sean de directa aplicación o cumplimiento. Por eso destaca doblemente el artículo 28.1 que, en el amplio conjunto

de proclamaciones programáticas que contiene la Ley, eleva la reserva de plazas para personas con discapacidad en las ofertas de empleo público y en las bolsas de trabajo temporal al diez por ciento de las vacantes, con el dos por ciento para personas con discapacidad intelectual¹¹ y el uno por ciento para personas con enfermedad mental. Dispone también que, “en caso de no cubrirse las plazas vacantes reservadas para el turno de discapacidad, se acumularán a posteriores ofertas hasta un límite del 10 %”. Igualmente se prescribe, para los cursos de formación para el empleo organizados o financiados en más de un cincuenta por ciento por la Administración de la Junta de Andalucía, una reserva del cinco por ciento del número de plazas, debiendo garantizarse como mínimo, independientemente del número de plazas convocadas, la reserva de una plaza para personas con discapacidad (artículo 29.2). Asimismo, se eleva la reserva al cinco por ciento de plazas en el conjunto del Programa de Escuelas Taller, Casas de Oficio y Talleres de Empleo, o de cualquier otro programa que se desarrolle en el marco de las políticas activas de empleo (artículo 29.3). Merece ser subrayado también el artículo 18,2, que extrae una consecuencia precisa del principio de no discriminación: los centros docentes, públicos y privados, “no podrán denegar el acceso a servicios y actividades, que sean susceptibles de ajustes razonables, por motivos de discapacidad, al alumnado o demás miembros de la comunidad educativa”¹². Y también en el ámbito de la educación, el artículo 19.f), que contempla la atención personalizada del alumnado en el domicilio.

Otro precepto de directa aplicación que incluye una novedad importante es el artículo 50.3, que impone que “las instalaciones en las que se pongan a la venta, a través de máquinas expendedoras o suministradoras automáticas, bienes que, por sus peculiares características, puedan poner en riesgo la seguridad de las personas, y en particular combustibles y carburantes”, cuenten “en todo caso, con personal debidamente cualificado que asista a las personas con discapacidad”¹³.

Destaca asimismo el artículo 54, sobre uso preferente de alojamientos y espacios accesibles, que establece el derecho a abonar el precio de la zona más económica cuando la ubicación de los alojamientos accesibles y de los espacios con asientos fijos para el público (salones de actos, auditorios, cines u otros espectáculos públicos) se localice solo o exclusivamente en las zonas de mayor precio.

¹¹ Para estas personas se especifica que, entre las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos, medios y de accesibilidad en el proceso selectivo, “se tendrá especial incidencia en la accesibilidad cognitiva y se podrán incluir, entre otras, textos de lectura fácil y la exención de algunas de las pruebas o el establecimiento del sistema de acceso a personal laboral mediante concurso, a fin de posibilitar el acceso al empleo público de las personas con discapacidad intelectual” (artículo 28.2).

¹² Sin embargo, el acceso a los centros docentes en las mismas condiciones que para el resto del alumnado solo se garantiza en los sostenidos con fondos públicos (artículo 18.4).

¹³ *Vid.* también los apartados 1 y 2 del artículo 50.

La Ley presta una singular atención a las mujeres y a las niñas [artículo 1.b)] por tres razones que destaca la exposición de motivos: 1) entre las personas con discapacidad prevalecen las mujeres; 2) son mayoría entre las personas que están en situación de dependencia; 3) son también mayoría entre quienes prestan cuidados a las personas con discapacidad. A ellas hay que sumar su especial vulnerabilidad frente a la violencia, como reconoce el artículo 11.2. Ello se manifiesta en especificaciones concretas en los fines esenciales [letras a), c), k) y l) del artículo 5.1, que en particular subraya “la doble discriminación que sufren las mujeres con discapacidad”]; en la regulación de la igualdad de oportunidades y no discriminación (artículos 11 y 12), destacando el Plan de Acción Integral para Mujeres con Discapacidad en Andalucía¹⁴ (artículo 71.1); y en las menciones concretas que jalonan el articulado de la Ley, que expresan de forma insistente pero necesaria el enfoque de género: así, los artículos 16.a), 19.b), 24, 33.k), y 72.1.

Por último, la prevención ocupa un lugar importante en la Ley, en sintonía con lo prescrito por la legislación estatal; de hecho, uno de sus fines esenciales es, como ya se ha indicado, el de prevenir situaciones de discapacidad y dependencia. Destaca al respecto el artículo 2.3, que en línea con el artículo 4.4 TR señala que “[...] a efectos del reconocimiento del derecho a los servicios y actuaciones que tiendan a prevenir la aparición o intensificación de discapacidades, se asimilarán a dicha situación los estados previos, entendidos como procesos en evolución que puedan llegar a ocasio-

¹⁴ El artículo 12 se refiere al Plan de Acción Integral para Mujeres con Discapacidad de Andalucía, que es “el instrumento de la Junta de Andalucía para coordinar las políticas y medidas recogidas en esta ley dirigidas a solventar las necesidades de mujeres y niñas con discapacidad en todas sus actuaciones”. Como ya se ha indicado, el primer plan, para el periodo 2008-2013, fue aprobado por acuerdo del Consejo de Gobierno de 14 de octubre de 2008. El artículo 71, tras la corrección de errores publicada en el BOJA 215, de 9 de noviembre de 2017, trata también sobre dicho plan, precisando que “incluirá las estrategias de intervención orientadas a generar los cambios necesarios para que las mujeres con discapacidad puedan acceder, en condiciones de igualdad a los hombres, a los derechos, bienes y recursos sociales que hagan posible el avance progresivo en la consecución de una mayor autonomía en todos los ámbitos de su vida” (primer apartado).

No deja de ser curioso que el artículo 70.1 caracterice el Plan de Acción Integral para las Personas con Discapacidad en Andalucía como “el instrumento de la Administración de la Junta de Andalucía para coordinar las políticas y medidas recogidas en esta ley, a excepción de las relativas a la materia de empleo, que se regularán por el Plan de empleo correspondiente”. Se observa, pues, una incoherencia entre el objeto de este plan y la previsión de otro plan de acción integral para mujeres con discapacidad. El artículo si guardaba coherencia con el contenido del artículo 71.1 publicado antes de la corrección de errores, que señalaba que las estrategias de intervención referidas a mujeres se incluirían en el Plan de Acción Integral para las Personas con Discapacidad en Andalucía. Con todo, ese primer contenido publicado del artículo 71.1 no casaba con la previsión en el artículo 12 del Plan de Acción Integral para Mujeres con Discapacidad de Andalucía.

nar una limitación en la actividad o desemboquen en alguna discapacidad”¹⁵. Manifestaciones concretas del enfoque preventivo son el mandato de que los programas de atención integral comiencen en la etapa más temprana posible (artículo 14.2); la regulación específica de la atención infantil temprana (artículo 17)¹⁶, que se configura como un derecho¹⁷; el mandato dirigido a las administraciones públicas de Andalucía para que desarrollen y establezcan programas, procesos asistenciales y actuaciones específicas para la prevención de situaciones de discapacidad o su agravamiento; y la previsión de actuaciones de prevención, detección e intervención educativa tan pronto como se detecten las necesidades educativas especiales [artículo 19.a)].

III.- VALORACIÓN

La adecuación de la legislación andaluza en materia de discapacidad a la Convención Internacional y su ajuste con la legislación estatal merece sin duda una valoración positiva. En esta materia, Andalucía no parte de cero y, por que sin duda

¹⁵ Desde esta perspectiva es posible considerar que la atención temprana se dirige no solo a la población con discapacidad sino también a la que tiene riesgo de padecerla. La enmienda número 334 presentada por el Grupo Parlamentario Podemos Andalucía (BOPA número 436, X Legislatura, de 3 de abril de 2017, p. 164) pretendió que se incluyera esta mención en el artículo dedicado a la materia (el artículo 14.1 del Proyecto), aunque no prosperó. Como he indicado, el artículo 2.3 de la Ley permite entender que tienen derecho a la atención temprana quienes tienen riesgo de padecer una discapacidad.

¹⁶ Se han presentado en el Parlamento dos proposiciones de ley sobre la atención temprana en Andalucía: la primera, por los grupos parlamentarios Ciudadanos y Socialista; la segunda, por los grupos parlamentarios Podemos Andalucía, Popular Andaluz e Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía (*vid.* BOPA 447, X Legislatura, de 20 de abril de 2017). Respecto de la primera, el Consejo de Gobierno ha manifestado su criterio favorable a la toma en consideración por el Pleno; respecto de la segunda, ha manifestado su criterio contrario a la toma en consideración (*vid.* BOPA 466, X Legislatura, de 18 de mayo de 2017).

¹⁷ Lamentablemente, no prosperaron las enmiendas 8 y 31 presentadas por Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía que pretendían que la Ley contemplara la atención a la segunda infancia (de 7 a 12 años) y la atención a la adolescencia (de 13 a 17 años); *vid.* BOPA 436, X Legislatura, de 3 de abril de 2017, pp. 42, 43 y 52. En parecido sentido se encaminó la enmienda número 338 del Grupo Parlamentario Podemos Andalucía (*ibidem* pp. 164 y 165), que postuló que se agregara un nuevo artículo del siguiente tenor: “Atención a personas de entre 6 y 18 años con discapacidad o riesgo de padecerla. A partir de los 6 años y hasta los 18, los menores y las menores con discapacidad o riesgo de padecerla tienen derecho a continuar recibiendo la información, el tratamiento y el apoyo necesarios para paliar o reducir los efectos invalidantes de su situación de discapacidad, lograr una plena autonomía o alcanzar su máximo nivel de desarrollo”. Muy lamentablemente también, no prosperó la enmienda 335, presentada por el mismo Grupo Parlamentario (*ibidem* p. 164), que perseguía añadir el siguiente precepto: “Las actuaciones en materia de atención infantil temprana se rigen por los principios de universalidad, gratuidad, equidad, atención integral, descentralización, proximidad y cercanía, participación, calidad, coordinación administrativa e interadministrativa, e incorporarán la perspectiva de género”. Tampoco prosperó la enmienda número 335 (*ibidem*), que pretendió la adición del siguiente apartado: “En ningún caso la atención recibida en los centros educativos podrá sustituir a la atención infantil temprana, ni justificar una reducción en el número y tipo de sesiones de esta última”.

es mucho lo que queda por hacer, la novedad de la Ley y la plasmación del nuevo enfoque de la discapacidad en el Derecho positivo de nuestra Comunidad Autónoma supone un destacado impulso para el avance en la efectiva “construcción del nuevo paradigma social”, que es la expresión que utiliza la exposición de motivos del texto legal. Valga como ejemplo el artículo 22 de la Ley, sobre medidas en el ámbito de la educación universitaria, que en buena medida eleva a deber legal lo que hasta la fecha vienen siendo buenas prácticas en la materia¹⁸.

Con todo, algunos aspectos merecen un reproche. Así, no establece plazo para la constitución de la Junta arbitral de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de Andalucía, que debe tener lugar mediante convenio de colaboración con la Administración del Estado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 del Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad (disposición adicional segunda)¹⁹. Llama la atención esta circunstancia porque precisamente el Defensor del Pueblo Andaluz realizó una actuación de oficio al respecto (expediente 16/2259), solicitando información sobre los motivos de la inactividad, sobre la existencia de alguna iniciativa y, en su caso, las previsiones temporales para su puesta en marcha; el expediente terminó con una sugerencia a la Dirección General de Personas con Discapacidad en orden a la sugerencia de “las actuaciones necesarias que permitan acortar en el tiempo el inicio de la actividad de la Junta Arbitral de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de Andalucía”.

Tampoco se establece un plazo para la formulación de la Estrategia para la Educación Inclusiva en Andalucía, una de las figuras nuevas que prevé la Ley y que se define como el “instrumento para coordinar las políticas y medidas dirigidas a conseguir la plena inclusión en el ámbito educativo” (artículo 20.1). Otro tanto sucede respecto del plan de accesibilidad universal que debe elaborar cada universidad

¹⁸ No obstante, hay que tener en cuenta que aunque el apartado primero del artículo 22 prescribe un conjunto muy completo de actuaciones, el apartado segundo precisa que “la política y medidas que desde la Universidad se deben hacer” se contemplarán “en el Plan de Empleo de las personas con discapacidad y en el Plan de Acción Integral para las personas con discapacidad en Andalucía”, por lo que cabe interpretar que la efectividad de los deberes que se imponen queda postergada hasta la aprobación de los planes.

¹⁹ La Junta es el órgano al que le corresponde la gestión y administración autonómica del sistema arbitral regulado en el artículo 74 TR (artículo 13.1); le compete “resolver, con carácter ejecutivo y vinculante para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación que afecten al ámbito territorial de Andalucía y no sean competencia de la Junta Arbitral Central de ámbito estatal, siempre que no existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y judicial que en cada caso proceda” (artículo 13.2).

andaluza [artículo 22.1.c)]; de los planes específicos de formación profesional para el empleo destinados a personas con discapacidad (artículo 25.2); y del programa de colaboración con los ayuntamientos de más de 20.000 habitantes para establecer bono-taxis (artículo 49.4).

En realidad, son muchas las determinaciones de la Ley que adolecen de falta de concreción o que remiten a acciones futuras la consecución de metas que se formulan, no pocas veces, además, con escasa precisión. Así, abundan los preceptos que se conforman con la prescripción del deber genérico de adoptar medidas sobre los más variados aspectos²⁰, del deber de velar por lo que corresponda²¹, de los deberes de garantizar o asegurar, de prestar atención, de fomentar o de promover²²...; incluso cuando se prevén medidas concretas, lo usual es que la norma no alcance a establecer derechos²³. También son numerosos los artículos que anticipan estudios, análisis, programas, políticas, procedimientos, protocolos y que anuncian futuras normas; en términos generales, que supeditan las medidas a un instrumento posterior²⁴. Por otra parte, la Ley también confía el logro de sus propósitos a iniciativas y actuaciones que en realidad están reguladas en otras normas sectoriales²⁵. Y en otros casos simplemente incorpora al Derecho de Andalucía prescripciones que ya están contempladas en otras normas, entre ellas el TR²⁶. Al respecto de todo ello, el artículo 73 de la Ley habla por sí solo: “Las Administraciones Públicas de Andalucía y sus entes instrumentales realizarán las actuaciones precisas para la plena efectividad de lo previsto en esta ley y, de acuerdo con sus competencias, destinarán los recursos necesarios para que los derechos enunciados se hagan efectivos”²⁷.

²⁰ *Vid.* por ejemplo los artículos 8, 10, 24, 26.1 y 3, 44.1 y 78.

²¹ *Vid.* por ejemplo los artículos 14.3, 24, 32 y 41.1.

²² *Vid.* por ejemplo los artículos 16.a) y m), 19.i), j) y l), 20.2, 26.2, 31.1, 39.1, 43, 44.1, 51.3, 57, 59, 60, 67.1 y 68.

²³ *Vid.* por ejemplo los artículos 11.2, 16.n) e i), 19.b), c), d), 23, 25.3, 26.2, 29.1, 29.4, 31.2, 32, 40.1, 59 y 77.

²⁴ *Vid.* por ejemplo los artículos 15.1, 16.d), e), ñ), y o), 19.j) y o), 20.2, 24, 25.1 y 3, 37, 38.3, 39.2, 40.2, 41.2, 43.1, 45, 47, 48, 51.1 y 2, 54.1 y 2, 55.1 y 3, 57, 66.2 y 70.3.

²⁵ *Vid.* por ejemplo los artículos 19.p), 38.2, 46.1, 49.1 y 2, 53 y 68.

²⁶ *Vid.* por ejemplo los artículos 14, 46, 55, 56 y 76.4.

²⁷ Cobra así especial interés lo dispuesto por el artículo 72.1: “La Consejería competente en materia de servicios sociales, en colaboración con las diferentes Administraciones Públicas implicadas, elaborará anualmente una memoria de seguimiento del nivel de ejecución de las medidas y actuaciones recogidas en esta ley. Tendrá en cuenta el impacto de género específico para mujeres y niñas con discapacidad en todas las medidas adoptadas por la Junta de Andalucía y sus entes instrumentales”.

Finalmente, consideramos que la Ley debió conferir carácter preceptivo al informe del Consejo Andaluz de Atención a las Personas con Discapacidad previsto en el artículo 79.3.a)²⁸.

²⁸ Sobre “cualquier proyecto o iniciativa normativa de las Administraciones Públicas de Andalucía que afecte específicamente a las personas con discapacidad”.

NOTICIAS DE REVISTAS
AUTONÓMICAS

Noticia de Revistas Autonómicas *

(1) § Unión Europea, Comunidades Autónomas, Derecho autonómico, Distribución de competencias.

(2) § Administraciones Públicas/Función Pública.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael: “La «Ley Municipal» de Euskadi: ¿Y ahora qué? Naturaleza y retos de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi”, *Revista Vasca de Administración Pública* (en adelante, R.V.A.P.) núm. 107-II. Enero-Abril 2017. Págs. 647-687.

La Ley vasca 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales, es una ley única en el panorama autonómico. A ella dedica la *Revista Vasca de Administración Pública* un número monográfico, del cual damos cuenta en esta Sección, junto a otro número ordinario. Como señala el prof. JIMÉNEZ ASENSIO en este primer trabajo, aun cuando no figura en su denominación, la Ley tiene por objeto central el municipio vasco, pues las partes sustantivas de la regulación legal se aplican exclusivamente a los municipios. Con todo, nuestro autor reconoce que el enunciado de la Ley es acertado, puesto que pone de relieve el peso institucional que los gobiernos locales tienen (y preferentemente los municipios) en el conjunto de la arquitectura institucional de Euskadi. Así, el autor considera que la ley es la «norma de integración y cierre del sistema institucional vasco», lo cual implica una posición especial en el sistema normativo vasco. Una Ley que se aparta de las limitaciones impuestas por el legislador básico mediante la Ley 27/2013, gracias al plus competencial reconocido a la comunidad vasca por el propio legislador básico.

En síntesis, según el prof. JIMÉNEZ ASENSIO, lo que pretende la Ley es dotar a los gobiernos locales vascos de un nivel de autonomía garantizada y efectiva indiscutible, pero además ofrecerles recursos financieros y una amplia caja de herramientas para hacer política municipal en la segunda década del siglo XXI, en un marco de Gobernanza Local, con innumerables retos abiertos y con la pretensión de ofrecer instrumentos que mejoren las condiciones de vida de la ciudadanía, haciéndoles partícipes asimismo de esas políticas locales. Nada más y nada menos.

Pues bien, en este trabajo se analiza el contenido de la citada Ley desde la perspectiva de la Buena Gobernanza, aspecto importante para comprender la modernidad de la Ley, configurando un sistema de integridad institucional, que incluye

* Sección a cargo de Severiano FERNÁNDEZ RAMOS.

códigos de conducta, o la institucionalización de la dirección pública profesional. En según lugar, se analizan los impactos políticos, en la línea de cómo hacer efectiva una plena interiorización de la propia Ley y del principio de autonomía local por parte de los actores políticos, directivos y funcionarios públicos de cualquier nivel de gobierno en Euskadi, para lo cual el autor defiende su consideración de «ley de integración del sistema institucional vasco», de modo que vincula al propio Parlamento vasco, mediante la reserva de procedimiento en función de la especial materia que regula la Ley. En tercer lugar, se trata el impacto de la Ley en el complejo político-institucional, tanto desde un punto de vista conceptual como especialmente en la proyección de sus principios y normas. Y, en cuarto lugar, el trabajo se centra en el necesario proceso de integración normativa que se debe hacer de esta Ley por parte de las instituciones vascas, es decir, cuáles son las obligaciones de desarrollo normativo que tienen las diferentes instituciones (no solo los ayuntamientos) para garantizar la plena efectividad y el rendimiento institucional. Así, el autor augura un complejo proceso de integración y desarrollo normativos a través de Leyes, Normas Forales, disposiciones reglamentarias y manifestaciones de la potestad normativa local que sea acorde y, sobre todo, armónico, con el espíritu y contenido de la propia Ley de Instituciones Locales de Euskadi.

VELASCO CABALLERO, Francisco: «Competencias de los municipios vascos: tipología y régimen jurídico», R.V.A.P. núm. 107-II. Enero-Abril 2017. Págs. 269-300.

Este trabajo aborda las importantes novedades que incorpora la Ley vasca 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales, en relación con el sistema competencial local, y ello a partir de una interpretación «conforme» a las normas de superior posición en el sistema de fuentes, incluidas las normas básicas estatales (en particular, la Ley Básica de Régimen Local). Desde el punto de vista conceptual, la Ley vasca 2/2016 sigue el criterio de la andaluza Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local, según la cual la simple identificación de una «materia» competencial no garantiza suficientemente la autonomía local, si no va acompañada de una «función» característica reservada a los ayuntamientos, y en tal sentido la Ley vasca atribuye, para cada materia, específicas funciones o tareas a los municipios vascos (ordenación, programación, planificación, fomento, gestión o ejecución). También aborda el autor la noción de «potestad», cuestionando la atribución por la ley vasca de la potestad de «declaración de urgente ocupación de bienes y derechos en las expropiaciones por motivos urbanísticos», por tratarse de una materia (la expropiación) de competencia exclusiva del Estado.

Sobre las competencias propias «específicas», el autor plantea la recurrente cuestión de si el alcance de la ley (en este caso el artículo 17.1) es definir un listado

de materias en relación con las cuales el legislador sectorial vasco (y las juntas generales, en su ámbito competencial) deben atribuir competencias a los municipios, o bien atribuye ya, directamente, competencias a los municipios vascos, posición ésta sobre la que se pronuncia el autor, al considerar que la primera opción interpretativa supondría la irrelevancia del precepto legal, al no existir en el estatuto vasco (a diferencia del andaluz) reserva procedimental alguna para las leyes de régimen local. Respecto a la llamada «competencia propia general», el autor considera que la atribución de competencia universal a todas las entidades locales vascas contenida en la Ley («las entidades locales podrán ejercitar cualquier tipo de actividad, servicio o prestación que, desarrollada en interés de la comunidad local, no se encuadre dentro de las competencias propias, transferidas o delegadas...»), es admisible respecto a los municipios, en tanto entidad local básica o primaria cuestionable, pero cuestionable respecto a otras entidades locales (como entidades locales menores y mancomunidades). De otro lado, en relación con las llamadas competencias transferidas, que constituyen una innovación del legislador vasco respecto a la Ley Básica de Régimen Local (pero con precedentes en otras Comunidades Autónomas), vendrían a consistir en una figura intermedia entre la competencia propia y la competencia delegada, si bien como señala el autor, la Ley no regula su régimen jurídico, puesto que se remite casi en bloque a lo que disponga cada ley concreta o norma foral de transferencia.

TOSCANO GIL, Francisco: «El sistema de atribución de competencias a las entidades locales en la Ley de Instituciones Locales de Euskadi», R.V.A.P. núm. 107-II. Enero-Abril 2017. Págs. 213-267.

En la línea del trabajo anterior del prof. VELASCO CABALLERO, este artículo del reputado experto en Derecho Local, el prof. TOSCANO GIL, se centra en el modelo de atribución de competencias a las entidades locales contenido en la Ley de Instituciones Locales de Euskadi (no se desciende evidentemente en su análisis sectorial), cuestión central entre los fines de la Ley, pues es sin duda una de las principales razones por las que se aprueba ésta. Así, el autor subraya la vinculación entre autonomía local (plasmada aquí en la posibilidad de expresar políticas públicas propias) y atribución de competencias. Pero más en concreto el autor enfatiza la relevancia específica, entre las distintas entidades locales, de los municipios, dado su posición central en la Ley (aspecto éste también señalado por JIMÉNEZ ASENSIO, tal como se indicó antes) y de la atribución a los mismos no de cualquier tipo de competencia, sino precisamente de competencias propias, todo ello en abierto contraste con el diseño de la desafortunada Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

Desde estos planteamientos, el prof. TOSCANO GIL explica los objetivos de la Ley vasca en la regulación de estos tipos competenciales. Primero, dotar a la com-

petencia propia de centralidad y prevalencia en el sistema, en atención a su conexión con la autonomía local, configurando una estructura de garantías que, en su conexión con la afirmación de los principios de la Carta Europea de la Autonomía Local, hacen que el municipio vasco sea en estos momentos, según nuestro autor, el municipio que cuenta con los estándares de garantía más elevados del Estado español. Segundo, regular las competencias transferidas y delegadas, atribuyéndoles una posición residual en el sistema. Tercero, garantizar el ejercicio de competencias distintas de las anteriores, sin dejar de cumplir con las exigencias de la normativa estatal básica. Con todo, el autor cuestiona la fórmula empleada por la ley vasca para la atribución de competencias propias, pues no parece constituir una atribución directa de tales competencias, sino una remisión a su atribución por el legislador sectorial respetando (como puede verse, la opinión opuesta a la del prof. VELASCO CABALLERO), eso sí, el listado de competencias contenido en la misma, lo cual devalúa la garantía de atribución de estas competencias.

ETXEBARRIA ETXEITA Ignacio Javier: «Organización y funcionamiento municipal y personal directivo público profesional», R.V.A.P. núm. 107-II. Enero-Abril 2017. Págs. 349-366.

En los que se refiere a organización, como señala el autor, la Ley de Instituciones Locales de Euskadi es muy respetuosa con el principio de autoorganización institucional. Así, señala que en todo el Capítulo no se crea ninguna organización complementaria que sea obligatoria para las entidades afectadas por la Ley, limitándose a regular aspectos de funcionamiento de los órganos establecidos por la legislación básica estatal y de aquellos otros órganos que en virtud de su potestad de autoorganización creen las Instituciones Locales de Euskadi. De este modo, la legislación autonómica, sin hacer uso de la competencia que brinda el legislador básico, se retira a favor del Reglamento Orgánico Municipal, realzando así la potestad de autoorganización municipal. Sobre estos aspectos de funcionamiento destaca la regla, introducida en la tramitación parlamentaria, según la cual las sesiones de la Junta de Gobierno Local serán públicas salvo que el Pleno por mayoría absoluta del número legal de sus miembros o por el ordenamiento jurídico se establezca lo contrario, y que ha sido objeto de recurso por el Gobierno de la Nación fundamentado en que la LRBRL en su artículo 70 manifiesta que las sesiones de la Junta de Gobierno no serán públicas.

De otro lado, el trabajo destaca la novedad que supone incorporar de forma pionera la figura de los directivos públicos profesionales, si bien de momento limitada a los municipios con una población superior a los 40.000 habitantes. La limitación de la población restringe su aplicabilidad entre los municipios de régimen común a los municipios de Barakaldo, Getxo, Santurtzi, Portugalete y Basauri en Bizkaia, e Irún

en Gipuzkoa, ya que las capitales de los Territorios Históricos cuentan con personal directivo de conformidad con lo dispuesto en la LRBRL, situación que es reconocida y respetada por la Ley vasca.

ALONSO HIGUERA, Carmen: «El Estatuto de los electos locales», R.V.A.P. núm. 107-II. Enero-Abril 2017. Págs. 367-470.

Se trata de un extenso trabajo, que va mucho más allá del estudio de las novedades en materia del estatuto de los electos locales incorporadas por la Ley de Instituciones Locales de Euskadi. Así, el artículo contiene un completo estudio, tanto desde la perspectiva del derecho estatal como de la legislación autonómica de Euskadi de los diversos derechos, tanto de carácter político y honorífico, como de carácter económico y socio-laboral. Pero también de los deberes de los electos locales, desde los deberes previos a la toma de posesión del cargo, a los deberes derivados del ejercicio efectivo del cargo, con especial referencia al régimen de incompatibilidades de los concejales, o el régimen jurídico específico de los miembros electos no adscritos.

Entre otros aspectos, el estudio trata de la novedad de la garantía a todos los Alcaldes y Alcaldesas de los municipios vascos de más de 1.000 habitantes el derecho a desarrollar sus cargos en régimen de dedicación exclusiva, con alta en la Seguridad Social y percibiendo las retribuciones derivadas de dicha dedicación, así como la garantía de unos derechos económicos mínimos a la oposición, establecimiento de auténticas medidas de conciliación de la vida personal, familiar y profesional, o la novedad que suponen los Códigos de Conducta. Termina el trabajo con el estudio de la posición ordinamental de los Reglamentos Orgánicos en el sistema de fuentes (cuestión también abordada por ETXEBARRIA ETXEITA en el trabajo anterior) y su papel en la configuración legal del estatuto de los electos locales, ámbito en el cual han de tener un especial cuidado en no limitar los derechos inherentes a la condición de electos que el *ius in officium* del artículo 23 de la CE les garantiza, aunque sí pueden ampliarlos, siempre que esta ampliación no mejora sea compatible con los postulados contenidos en la CE y en la legislación básica y autonómica.

PADILLA RUIZ, Pedro: «La buena administración como fundamento de actuación del empleado público», R.V.A.P. núm. 108. Mayo-Agosto 2017. Págs. 383-402.

El autor indaga las derivaciones que el derecho-principio de buena Administración, como nuevo intento para encauzar la actuación administrativa hacia el ciudadano y la consecución de Administración de calidad, presenta en relación con el estatuto de los empleados públicos, verdaderos artífices de la efectividad de dicho principio. En particular, se aborda la conexión del principio de buena Administración con la conducta profesional y con la evaluación del desempeño del empleado público, herramienta esencial (temática sobre la cual el autor ha publicado una re-

ciente monografía (*Gestión del empleo público. La evaluación del desempeño en la mejora de la eficiencia administrativa*, Bosch Editor, Barcelona, 2016), entre otras razones, por la información que ofrece a la hora de comprobar el grado de cumplimiento de esa buena Administración.

(3) § Derechos Fundamentales, Potestad Reglamentaria, Acto, Procedimiento administrativo y Contratación. Control Jurisdiccional de las Administraciones Públicas.

AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç; «Los derechos y deberes de las personas vecinas de un municipio de Euskadi», R.V.A.P. núm. 107-II. Enero-Abril 2017. Págs. 503-554.

Otra de las novedades de la Ley de Instituciones Locales de Euskadi consiste en la incorporación, en su Título V, de un catálogo propio de derechos y deberes de los vecinos que complementa, no reemplaza, los establecidos por la legislación estatal básica de régimen local. Como señala el prof. AGUADO i CUDOLA, este catálogo supone la actualización de los derechos y deberes previstos en la legislación estatal básica de régimen local a las nuevas necesidades de la sociedad vasca del siglo XXI, lo que valora como un avance legislativo. De modo general, gran parte de los derechos y deberes no son privativos de las personas vecinas, sino que se extienden al conjunto de la ciudadanía. Ahora bien, en determinados casos se ha considerado oportuno limitarlos a las personas que residen efectivamente en el municipio. También valora positivamente el autor el reconocimiento de derechos a los ciudadanos extranjeros empadronados en un municipio de Euskadi, siguiendo la tendencia a la equiparación legal entre ciudadanos españoles y extranjeros, materia ésta en la que el prof. AGUADO i CUDOLA es un reconocido experto.

De modo más específico, entre las novedades el autor resalta una concepción más amplia de la participación, que no se limita a la mera gestión municipal, sino que se refiere a las políticas públicas locales, así como el reconocimiento de derechos, no sólo sobre los servicios públicos, sino también sobre el medio ambiente y espacios públicos, sobre los riesgos y los derechos culturales y lingüísticos. En particular, en relación con los derechos de igualdad y no discriminación, subraya el prof. AGUADO i CUDOLA la incorporación de la noción de discriminación múltiple que permite una mejor cobertura para luchar contra este tipo de discriminaciones. En el derecho de acceso a los servicios públicos también se añade la noción de servicios de interés general en la línea de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Como aspectos que, en cambio, podrían profundizarse, el autor señala el establecimiento de mecanismos de garantía y aseguramiento del cumplimiento de estos derechos y deberes (el autor apunta los procedimientos específicos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje previstos en la legislación de pro-

cedimiento administrativo común). Pero también destaca el autor un catálogo más completo que el estatal de los deberes de ciudadanía que permita avanzar hacia una sociedad más responsable: deberes de realización de prestaciones, deberes de información, deberes sobre el cumplimiento de la legalidad, deberes sobre la convivencia ciudadana, deberes sobre el uso del patrimonio municipal y de las infraestructuras y servicios municipales y deberes en materia de medio ambiente y de colaboración en materia de eficiencia energética. Con todo, el autor señala la conveniencia de completar los criterios mínimos de antijuridicidad recogidos en el título XI de la LRBRL.

GUICHOT REINA, Emilio: «Transparencia y acceso a la información en las entidades locales vascas», R.V.A.P. núm. 107-II. Enero-Abril 2017. Págs. 555-583.

Tras una exposición introductoria del régimen de transparencia pública en la legislación básica estatal, contenido en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, así como en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, el prof. GUICHOT, cuya autoridad en esta materia no es preciso recordar, aborda el análisis de la parte del Título VI de la Ley de Instituciones Locales de Euskadi, dedicado al gobierno abierto y transparencia, Ley a la que previsiblemente se unirá la futura Ley de Transparencia, participación ciudadana y buen gobierno del sector público vasco. Y, como señala el autor, a este complejo marco legal el local deben añadirse las Ordenanzas que han aprobado no pocas entidades locales vascas (así como las que vendrán), que, de acuerdo con nuestro autor, pueden concretar para su respectiva entidad aspectos organizativos e incluso ir más allá de las obligaciones ya previstas en la normativa básica estatal y de desarrollo autonómico.

En relación específicamente con la Ley de Instituciones Locales de Euskadi, en el estudio se analizan diversos aspectos: los sujetos obligados (la Ley vasca adiciona al criterio de la ley básica de la participación mayoritaria el criterio funcional del dominio de los órganos de decisión de las entidades instrumentales locales), los límites de la transparencia, la publicidad activa (a la cual la Ley vasca dedica la mayor extensión de su regulación de la transparencia, ampliando con mucho los mínimos básicos estatales), el derecho de acceso a la información pública o publicidad pasiva, las garantías (la Ley vasca se remite al «consejo o autoridad independiente de transparencia y acceso a la información pública de la Comunidad Autónoma u órgano que se prevea en la legislación correspondiente»), y, finalmente, la relación de las Leyes de transparencia con el acceso por los concejales a la información municipal, principalmente a la luz de la legislación estatal de régimen local.

PINDADO SÁNCHEZ, Fernando: «Comentarios a la Ley de Instituciones Locales de Euskadi desde la perspectiva de la regulación de la participación ciudadana», R.V.A.P. núm. 107-II. Enero-Abril 2017. Págs. 585-615.

El antes indicado Título VI de la de la Ley de Instituciones Locales de Euskadi, dedica una parte sustancial a la participación ciudadana, de cuyo análisis se ocupa uno de los mayores expertos en la materia, el prof. PINDADO SÁNCHEZ. Para ello, el autor define previamente el marco conceptual de referencia, que no aborda la ley, para entender la participación en el funcionamiento de los servicios públicos (cívica), en las organizaciones y grupos (comunitaria) y en la política (ciudadana), así como identifica las tres dimensiones de la democracia en las que se ejerce la soberanía popular, consustancial a este sistema político (lo que llamada la trinidad democrática): la dimensión representativa (elección de intermediarios) la directa (decisión directa de la ciudadanía) y la dialógica (incidencia, propuesta, iniciativa, discusión...).

A partir de este bagaje conceptual, el autor analiza el contenido de este capítulo de la ley, destacando la confusión en la que incurre el legislador, según el autor, en las diferentes definiciones de participación ciudadana, y que se traslada a los instrumentos para su ejercicio, particularmente los llamados procesos participativos. La conclusión, para el autor, es que la ley vasca, si bien supone un avance importante en la regulación del régimen de las instituciones locales, sin embargo se queda muy corta en lo referente a la mejora de los canales para una participación ciudadana eficaz y eficiente, que sirva para seguir y controlar la acción de gobierno, suscitar e impulsar nuevas iniciativas y tomar decisiones en determinadas ocasiones. Nos permitimos añadir que esto es así, en buena parte, debido a las limitaciones impuestas por la legislación básica estatal (como sucede con las consultas populares locales).

RUIZ VIEYTEZ, Eduardo J.: «La democracia directa como alternativa a la democracia representativa: algunas lecciones desde la experiencia suiza», R.V.A.P. núm. 108. Mayo-Agosto 2017. Págs. 153-180.

Es innegable que el referéndum constituye el mecanismo de democracia directa por excelencia, y en el contexto europeo Suiza es el país que más profusamente hace uso del mismo. Por esta razón, el autor profundiza en la experiencia suiza, de la cual concluye que la utilización «frecuente» del referéndum no está exenta de problemas políticos y jurídicos. Entre los primeros, el autor menciona la baja participación del electorado, el aumento del populismo y la configuración de una cultura política que ensalza las decisiones populares aun en los casos en los que éstas puedan lesionar los derechos humanos.

En tal sentido, dado que en los últimos años varios sectores sociales y políticos han propuesto un mayor uso del referéndum en España, como mecanismo de participación popular y de regeneración democrática de nuestro sistema, el prof. RUIZ

VIEYTEZ formula un conjunto atinado de cautelas, que haría bien el legislador de atender: como la necesidad de dosificar este instrumento, reservándolo para la propuesta y toma de decisiones políticamente relevantes, con objeto de evitar un cansancio o saturación del electorado que redunde en una baja participación en los referendos. Pero, sobre todo, debido a las actuales tentaciones políticas, alerta de su instrumentalización por parte de un populismo contrario a los derechos fundamentales. Así, el autor subraya la necesidad de evitar que la voluntad popular sea percibida como superior jurídicamente a las normas fundamentales de derechos humanos y a los principios básicos que conforman el núcleo duro del sistema constitucional. A tal objeto, deben establecerse límites materiales y jurídicos claros, sugiriendo una validación previa del objeto de la consulta, la cual haría innecesario un hipotético control posterior a la expresión de la voluntad popular, que sería muy inconveniente políticamente.

RUIZ-RICO RUIZ, Catalina: «Semblante jurídico de la democracia deliberativa local y sus aspectos polémicos, R.V.A.P. núm. 108. Mayo-Agosto 2017. Págs. 445-478.

A partir de la constatación de las graves disfunciones y patologías del sistema de democracia representativa local (entra las cuales menciona la corrupción), la profa. RUIZ-RICO RUIZ, autora de múltiples trabajos sobre participación y transparencia públicas, plantea la necesidad de compatibilizar la democracia representativa con nuevas formas de democracia participativa, la cual contribuye a reforzar la legitimidad de las actuaciones públicas. Ahora bien, como buena conocedora de esta materia, la autora es plenamente consciente las reticencias y controversias que suscita esta temática (algunas mencionadas en la reseña anterior), así como sus lagunas y límites. De hecho, la hipótesis de partida del estudio es precisamente el cuestionamiento de la existencia en España de un verdadero sistema participativo local, debido a que se sustenta en gran medida en lo que la autora llama la autorregulación por los propios gobiernos locales. Así señala: «los derechos de participación permanecen a expensas de su configuración reglamentaria, reducidos entretanto a simples expectativas y asimilables a concesiones “graciosas” por la Administración local».

Para la autora, el actual sistema de participación local refleja las sombras jurídicas de la democracia deliberativa o participativa. El análisis de aspectos controvertidos, como la discutible naturaleza de los derechos participativos según la estricta interpretación del TC, la discutible regulación por los municipios de derechos fundamentales mediante disposiciones reglamentarias (ni siquiera bajo la excusa jurídica de promocionar derechos participativos), el riesgo cierto de discriminaciones, las deficientes garantías sin un verdadero procedimiento administrativo, plantea una extensa problemática en su construcción jurídica. Así, la autora advierte que la po-

litización de la participación local, debido al control de esta por los representantes políticos, y la traslación a la democracia deliberativa de las endemias y descréditos de la representación política interfieren en su legitimidad y credibilidad jurídica.

ROMEO RUIZ, Aritz: «Las cláusulas sociales en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público y el nuevo paradigma de la contratación pública», R.V.A.P. núm. 108. Mayo-Agosto 2017. Págs. 127-151.

Como es bien sabido, veinte años después del Libro Verde sobre Contratación Pública en la Unión Europea de 1997 y tras la cuarta generación de directivas de contratación, es un hecho la aceptación de que la contratación pública puede y debe contribuir, como un instrumento en manos de los poderes públicos, al impulso e implementación de las políticas sociales, ambientales, de innovación, y de promoción de las PYMES, todo ello sin vulnerar los principios propios de la contratación pública, fundamentalmente la libre competencia.

Pues bien, este trabajo se centra en analizar si el entonces Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público de transposición de la Directiva 2014/24 responde adecuadamente al nuevo paradigma de la contratación pública en materia de cláusulas sociales. En síntesis, la convincente tesis del autor del trabajo, consiste en que el nuevo paradigma de la contratación pública requiere avanzar hacia una nueva concepción del principio de la libre competencia que integre los elementos sociales, ambientales y de innovación como valores para lograr una competitividad sostenible y racional entre los operadores económicos, que permitan un crecimiento integrador. Es decir, que los fines sociales, ambientales y de innovación no sean algo externo o accesorio, como hasta la fecha, sino que se inserten en el propio principio de la libre competencia.

(4) § Hacienda pública, Bienes, expropiación y responsabilidad.

(5) § Modalidades administrativas de Intervención (Policía, Fomento, Servicio público, Actividad Sancionadora, Arbitral y Planificadora).

DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo: «Formas de gestión de los servicios públicos locales en la Ley núm. 2/2016, de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi», R.V.A.P. núm. 107-II. Enero-Abril 2017. Págs. 301-347.

El análisis del Título VIII de la Ley de instituciones locales de Euskadi, que versa sobre los servicios públicos locales, es realizado por el prof. DEL GUAYO, reconocida autoridad en la materia. Tras precisar, en primer lugar, cuál es el grupo normativo regulador de la gestión de los servicios públicos locales en Euskadi, el autor procede a deslindar entre los servicios públicos locales y la iniciativa económica

local (concepto que tendría un carácter residual, porque está constituido por todas las actividades económicas distintas de los servicios públicos económicos), dada la relevancia de tal distinción, primero por los límites para el ejercicio de iniciativas económicas locales y la exigencia de libre concurrencia cuando la entidad local ejercita su iniciativa económica, pero también en relación con el concepto de reserva local.

Asimismo, el autor analiza el principio de preferencia de la gestión por el propio municipio (gestión propia, ya sea directa o indirecta), sobre formas de gestión compartidas o integradas, así como la gestión de servicios públicos locales por entidades distintas al municipio, donde rige en el derecho vasco una preferencia de la gestión compartida de los servicios mínimos a través de entes intermedios de base asociativa (mancomunidades y consorcios, principalmente) sobre la llamada gestión integrada a cargo de las Diputaciones, prevista en la Ley Básica estatal. Según el autor, se trata de una opción constitucionalmente legítima, que respeta el sistema de reparto de las competencias legislativas entre el Estado y la Comunidad vasca.

(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.).

BAUZÁ MARTORELL, Felio José: «Big data y open data en la administración turística: acceso y reutilización de información», R.V.A.P. núm. 108. Mayo-Agosto 2017. Págs. 19-41.

El sector del turismo es, sin duda, uno de los sectores económicos que más impacto ha experimentado por la transformación digital de la sociedad y la economía (la estadística revela que más del 95% de los viajeros utilizan los recursos digitales en el transcurso de sus viajes). Como señala el autor, la contratación turística a través de plataformas digitales, ya sea con la intervención de agentes mediadores o a través de la llamada economía colaborativa, ha supuesto una forma radicalmente distinta a la convencional en la relación jurídica entre los usuarios y los prestadores de servicios turísticos. Ello obliga, a su vez, a Administración a adaptar su intervención en el sector si para garantizar los derechos de los usuarios.

Según explica el autor de este interesantísimo estudio, las posibilidades de los macro datos y los datos abiertos dan lugar a una nueva categoría de datos muy distintos a los convencionales y para los que no pensaba el legislador a la hora de elaborar el régimen jurídico vigente de protección de datos aprehendidos para fines comerciales, basado en el consentimiento del titular. Como ejemplifica el autor, el usuario que consulta el precio de un alojamiento o un transporte turísticos no está consintiendo que este dato sea gestionado para ofertarse un precio cada vez superior en una con-

sulta posterior desde un mismo terminal informático o dispositivo electrónico. Así las cosas, el autor considera que urge diseñar un modelo integrador de gestión de datos, que tenga en cuenta la combinación e interconexión de datos de múltiples y variadas fuentes, pero muy especialmente la intervención de múltiples sujetos, pues en opinión del autor esta adaptación pasa por involucrar al sector privado tanto en el modelo de gestión de los datos como en su control.

LEIVA LÓPEZ, Alejandro D.: «Regulación y uso de las redes de transporte y distribución de electricidad», R.V.A.P. núm. 108. Mayo-Agosto 2017. Págs. 87-126.

No es necesario argumentar que la regulación jurídica de la red de transporte y distribución de electricidad es un tema trascendental en la creación de un mercado eléctrico liberalizado, inspirado en el llamado principio de separación vertical de actividades en libre competencia y reguladas (principio que persigue garantizar la independencia del gestor de la red de transporte y distribución respecto del resto de actividades que se desarrollan en libre competencia, de manera que no existan intereses comunes entre estos operadores). El estudio del que damos cuenta tiene por objeto el análisis de la regulación de las redes de electricidad en el marco del proceso de liberalización del mercado eléctrico, así como del régimen legal de uso de ésta por parte de los distintos operadores que actúan en el mercado, esto es, de las condiciones de acceso a este recurso esencial que, como veremos, es la red eléctrica

Así, el estudio aborda, de un lado, el fundamento de este acceso de terceros a la red y, en consecuencia, la necesaria configuración de unos gestores de red independientes y, de otro, el régimen jurídico vigente en materia de acceso y conexión a ésta por parte de los usuarios, en base a criterios de objetividad, transparencia y no discriminación. Asimismo, se hace mención de los principales conflictos de acceso acaecidos en los últimos años, con el protagonismo de la CNMC, cuya constitucionalidad ha sido recientemente avalada. En concreto, en relación con la naturaleza de su intervención en la resolución de conflictos, el autor defiende que no se trata de una mera función arbitral, sino de naturaleza inequívocamente jurídico-pública.

(7) § Varia.

RECENSIONES

Recensiones

AAVV, “Energía y ciudades”, Club Español de la Energía, Madrid, 2017, 400 págs.

Los datos demográficos son abrumadores y este libro los recoge en su inicio, en páginas 54 y 55: en Europa el 70 por ciento de los ciudadanos viven en áreas urbanas (y en ellas se genera, dicho sea de paso, un porcentaje del PIB aún superior, el 85). En España las cifras de población resultan análogas, aunque todavía estamos por debajo: somos 46,4 millones de personas y 24,4 de ellas (algo más de la mitad) habitan en municipios de más de 50.000 almas. No sólo eso: 9 millones se reúnen en las 10 ciudades más pobladas. Siempre, por supuesto, en cifras aproximadas y que cambian cada día.

La vida en las concentraciones urbanas no se explica sin el constante e intenso consumo de energía. Pensemos en la jornada de uno cualquiera de nosotros. Para empezar, pone fin al sueño mediante un aparato despertador, se asea con agua a buena temperatura y desayuna tras haber calentado un café o un té y, pongamos, algo de pan. Luego va a su trabajo, ya sea en su coche o en transporte público, para lo cual sigue gastando energía. Una vez llegado a su puesto, lo primero que hace es encender la luz y el ordenador (y la calefacción en invierno o el aire acondicionado en verano). Si tiene que ir al banco a sacar dinero del cajero automático, vuelve a poner en marcha mecanismos electrónicos. Al regresar a casa -donde le espera el refrigerador de los alimentos-, enciende la televisión o la radio. Y así sin cesar un solo minuto. Ya sea, así pues, en edificaciones (bien el hogar o el centro de trabajo) o en transporte (a la hora de ir y de volver), de cada uno de los urbanitas se puede predicar que responden -respondemos- a la noción de *homo energeticus*. Y creciente: la *digitalización* -el rasgo mayor de nuestra era- consiste en esencia en la electrificación de cada vez más actividades, con el correlativo incremento del consumo de energía. En la actualidad, los habitantes de ciudades representamos aproximadamente el 70 por ciento del gasto total, que es una cifra muy superior al 50 por ciento que, en términos de prorrata estricta, nos tocaría.

A esos datos tan concluyentes se suma el hecho, igualmente notorio, de que no podemos seguir empleando como fuente primaria los combustibles fósiles (sobre todo, los hidrocarburos líquidos), porque, en primer y no único lugar, medioambientalmente la cosa no da más de sí: el *cambio climático* es una realidad y una realidad dramática contra la que hay que luchar. Estamos en la época de la llamada *transición energética* -otra noción que explica el momento en que vivimos-, que inevitablemente nos tomará su tiempo, porque las inversiones a emprender no son precisamente pe-

queñas. Y, en el ínterin, el empeño mayor debe ser reducir el gasto: *ahorro y eficiencia* es el cuarto de los conceptos a manejar y, por supuesto, a aplicar.

El Club Español de la Energía ha tenido la buena idea de recoger toda la información disponible en un libro interdisciplinar (los componentes jurídicos existen porque hay normas por doquier, pero no son los más importantes) que responde al título “Energía y ciudades” y que, a la hora de estudiar los consumos (y de proponer medidas para aminorarlos), se estructura sobre la base de la división entre las dos cosas que se han indicado más arriba: edificación por un lado y transporte por otro. En el bien entendido de que lo primero está cada vez más electrificado y, por el contrario, lo segundo sigue siendo en buena medida el reino de los derivados del petróleo. Ni que decir tiene que eso no es neutral desde el punto de vista de las emisiones y los números no pueden resultar más ilustrativos. Si medimos el consumo de las ciudades (que es, se insiste, el 70 por ciento del total nacional, siempre en números redondos) en millones de toneladas equivalentes de petróleo (Mtep), de los que en España se han consumido 123,5 en 2016, último año concluido, resulta que la edificación (incluyendo los sectores residencial, comercial y de oficinas) se ha llevado un 30 por ciento, pero -punto crucial- ha sido responsable sólo del 8 por ciento de las emisiones directas de gases de efecto invernadero. En el caso del transporte todo es mucho peor: el 40 por ciento del gasto nacional -o sea, sólo un poco más- y sin embargo el 25 por ciento de las emisiones, es decir, el triple y largo. El cotejo de las proporciones arroja un resultado que se comenta por sí mismo: la transición energética a un mundo *verde* tiene en el transporte la asignatura pendiente. Y sobre todo por cierto en el transporte por carretera, que representa a su vez unos cuatro quintos (o incluso algo más) de la demanda total de la energía del transporte.

El libro que estamos glosando, en el que han participado más de 100 autores, casi todos ellos provenientes del mundo de la empresa, cuenta con 400 páginas repletas de información (y también, se insiste, de propuestas). Consta de cinco Capítulos. El Primero, “Las ciudades: una gran oportunidad para lograr un sistema energético más sostenible”, páginas 53 a 98, disecciona la situación (y los problemas) dedicando atención diferenciada a la calidad del aire, el cambio climático y la contaminación acústica. El Capítulo Segundo, “¿Quién fija las reglas del juego en las ciudades? El marco internacional, europeo y de las Administraciones locales”, páginas 99 a 168, consiste sobre todo en una exposición de las iniciativas municipales que se han adoptado para mejorar la sostenibilidad urbana. El Capítulo Tercero, “¿Cómo se consume la energía en las ciudades españolas?”, páginas 169 a 243, es el cráter del libro. Se han seleccionado 109 de ellas y, siempre con la diferenciación entre edificación y transporte, se procede a un estudio cuantificado que desciende al mínimo detalle, clasificándolas según tamaño, densidad, renta por hogar y tipo de clima. Los Capítulos Cuarto, “El transporte en las ciudades: hacia una movilidad urbana eficiente”,

páginas 243 a 322, y Quinto, “Hacia una edificación sostenible”, páginas 323 a 429, consisten fundamentalmente en un catálogo de propuestas relativas a ambos ámbitos, con un extraordinario grado de concreción. Mención especial en lo concerniente al transporte, merece, como es lógico, lo relativo a los coches con tecnologías eléctricas e híbridos, “Medidas y políticas para el fomento del vehículo altamente eficiente” y lo mismo para “el transporte público colectivo”.

El Derecho Administrativo -el Derecho Administrativo elaborado entre 1890 y 1930 en Toulouse por HAURIOU y en Burdeos por DUGUIT, para entendernos- es hijo de esos dos fenómenos -en realidad, uno sólo- que conocemos como urbanización e industrialización, que tuvieron lugar en muchos sitios de Europa (y de América del Norte) a lo largo del siglo XIX, sobre todo en la segunda mitad, y en las primeras décadas del siglo XX, y en España, como siempre ha sucedido, un poco más tarde (y, claro está, sin alcanzar a todas las zonas en el mismo grado). Fue a partir de entonces cuando, como consecuencia de las migraciones, la sociedad dejó de ser esencialmente agraria y las reglas del derecho civil -incluidas las de orden medioambiental, que entendían que el problema estaba sólo en las *inmisiones* que podría sufrir una propiedad desde la colindante inmediata- se quedaron muy cortas. Como si esa fuese en las ciudades la única fuente de preocupaciones.

Ahora estamos en otro de esos momentos, por así decir, de paso a un tiempo enteramente nuevo: no una época de cambio, sino un cambio de época. A los juristas nos cuesta mucho salir de la madriguera: nuestros despachos parecen actuar en lo intelectual como verdaderos zulos, por mucho ordenador que tengamos encendido y muy jóvenes que algunos sean según los datos, a veces engañosos, que figuran en el Documento Nacional de Identidad. Si queremos ser mejores juristas -no sólo en relación con el Derecho de la Energía, sino también del urbanismo, del medio ambiente y del transporte, que son materias que en cierto sentido ya no constituyen sino meras derivadas de lo energético- tenemos que abrir nuestras mentalidades. Este libro (donde, por supuesto, las referencias a la metafísica de los conceptos jurídicos no se prodigan precisamente) es de esos que nos puede ayudar de verdad. Casi más por lo que en él está ausente (ese tipo de discursos, casi siempre no ya inútiles sino incluso mentalmente perturbadores) que por lo que positivamente contiene, con ser esto mucho.

Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz

Catedrático de Derecho Administrativo.

Universidad Politécnica de Madrid.

Parejo Alfonso, L., “Estado y Derecho en proceso de cambios. Las nuevas funciones de regulación y garantía del Estado social de soberanía limitada”. Tirant lo blanch, Valencia 2016, 208 págs.

El cambio es consustancial al Derecho Administrativo por su vocación natural a regular la realidad social y económica que se encuentra en constante mutación. Sin embargo, como señala el Profesor GAMERO CASADO, lo verdaderamente significativo es detectar en cada caso cuáles son los rasgos estructurales de su transformación, es decir, los pilares vertebradores de las grandes metamorfosis. En el tiempo presente lo característico es la radicalidad y vertiginosidad que han alcanzado los cambios, como reflejo de la magnitud de los cambios que se están produciendo en el contexto social, económico y político.

Los cambios de hoy están provocando unas transformaciones radicales en el Estado y en su Derecho. El Estado ha perdido su tradicional posición dominante y su capacidad configuradora de la sociedad y ante esa incapacidad se repliega y entrega al sector privado y al mercado tareas que, tradicionalmente, estaban a cargo de la Administración. Toda la función estatal se concentra en garantizar la satisfacción de los intereses generales, sin llevar a cabo de manera directa la actividad prestacional. El Estado adquiere así una nueva dimensión, la del Estado garante. Por su parte, el Derecho se enfrenta a nuevos retos para cumplir su función de orden en el panorama actual en el que la incertidumbre es el rasgo característico.

Por su parte, el profesor MUÑOZ MACHADO en su trabajo: “*Hacia un nuevo Derecho Administrativo*”, se refería a los ensayos que tratan de identificar los cambios que se están produciendo y la orientación nueva que están tomando las instituciones, y exhortaba a los cultivadores del Derecho Administrativo a ocuparse de poner al día las instituciones hasta ahora utilizadas y estudiadas, determinar el alcance de sus modulaciones, y dar entrada a nuevas fórmulas de actuación para crear con el conjunto un sistema, comprensible y bien estructurado.

A esta tarea y, en concreto, al estudio de las transformaciones del Estado y su Derecho como consecuencia de la actual situación de crisis mundial y de la emergencia de la nueva dimensión del Estado social esencialmente regulador y garante, se viene dedicando desde hace años, con su habitual brillantez, el profesor Luciano PAREJO ALFONSO, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid y uno de nuestros más reputados juristas, siendo la obra que en estas líneas se presenta el último fruto de dicha labor.

A pesar de tener poco más de doscientas páginas y cuatro capítulos, es una obra densa que requiere de una lectura y reflexión sosegadas, de elevado nivel teórico, en la que abunda el estudio de la doctrina comparada y en la que el análisis de la realidad para identificar los cambios y las nuevas funciones de regulación y garantía se

afrontan desde una visión pluridisciplinar, no exclusivamente jurídica, dando cabida, de conformidad con la nueva perspectiva metodológica de la ciencia jurídica que propugna, entre otras, a la ciencia política, la sociología, la filosofía y la economía.

En el capítulo primero titulado: “*El escenario: Los cambios del mundo*”, el autor nos pone frente al escenario de la actual situación de crisis mundial en la que lo característico es la incertidumbre económica y existencial. Recurre a la terminología de ORTEGA al indicar que lo que nos está sucediendo es que estamos ante un cambio de mundo, ante una crisis histórica, siquiera al identificar la situación actual con la idea “... *de saber al menos que lo que nos pasa es que no sabemos lo que nos pasa*”. Sin embargo, lo nuevo de la actual crisis y lo que la distingue de las anteriores es que la incertidumbre propia de toda crisis se extiende al sujeto llamado actuar, resaltando que el Estado en el mundo globalizado no parece ser la herramienta adecuada a la que recurrir.

La causa eficiente de la actual crisis la encuentra en la separación de la política -situada en el ámbito estatal- y del poder real y efectivo -situado en el espacio global- El mundo global implica una nueva forma de gobierno, la gobernanza, que supone la sustitución de la norma estatal por la racionalidad de la acción económica. De esta forma los Estados, al igual que la sociedad, quedan sometidos a los mercados y pasan a un segundo plano siendo unas víctimas más de la crisis.

Este proceso se enmarca en el curso de la crisis histórica del decantamiento de la modernidad y la emergencia de la posmodernidad, que supone un deterioro del orden establecido por la modernidad y, sobre todo, de la cohesión social, por desmoronamiento de sus valores y fines, colocándose la flexibilidad y la innovación en lo más alto de la jerarquía de valores. La crisis histórica afecta, igualmente, a la democracia y por eso se viene a hablar de posdemocracia, en la que la política pierde contacto con los ciudadanos y termina produciendo una situación que califica de antipolítica.

A modo de conclusión, señala que el resultado del escenario actual es el de la concurrencia de dos universos de lógicas distintas: el global, caracterizado por una gobernanza regida por criterios económico-financieros, que tiende a establecer un nuevo orden no sometido a democracia, carente de referencias seguras y firmes, en el que cada uno debe procurarse sus propios medios, y que impone sus reglas al segundo, el local o estatal, obligado a gestionar las consecuencias sociales que de ella se derivan.

El capítulo segundo, que es el más extenso, se divide en dos puntos bien diferenciados. El primero, dedicado a analizar las transformaciones que se están produciendo en el Estado y su Derecho como consecuencia de los citados cambios del mundo y el segundo a examinar el proceso de acomodación a esos cambios del Estado social, modelo que no se cuestiona y en cuyo mantenimiento se centran todos los esfuerzos, dando lugar a su nueva dimensión de Estado garante.

En el primer punto, indica que el Estado padece un claro declive como agente y espacio soberano por dos causas fundamentales: i) La pérdida de la independencia hacia el exterior y de estanqueidad en el interior; y ii) La emergencia de límites a la acción configuradora y redistribuidora del Estado.

Partiendo de la concepción original de soberanía estatal absoluta realiza un recorrido por su proceso de decantación, evolución y debilitación progresiva. El proceso se inicia con la racionalización jurídica de la categoría, así como con la visión de la relación entre Derecho estatal y el Derecho internacional en las versiones monista y dualista, y continúa con la globalización política y legal que suponen la superación de la sociedad internacional de Estados soberanos y el paso hacia una sociedad mundial. Especial atención dedica el autor al proceso de integración europea y la considera la mayor afectación de la soberanía estatal, como consecuencia de las cesiones de soberanía a instituciones supranacionales. En todo caso, a pesar del debilitamiento de la soberanía estatal a causa de tales fenómenos, sostiene la tesis de interpretar los actuales cambios en el sistema internacional en términos de la emergencia de un régimen de soberanía dualista y en modo alguno de proceso hacia la irrelevancia de la soberanía estatal y, menos aún, hacia la obsolescencia de la institución estatal.

Las principales consecuencias de estas transformaciones son que el Estado y su Derecho quedan reducidos a meros instrumentos para la adaptación al cambio y a la complejidad social, mostrándose incapaces para atender las demandas de una sociedad cada vez más compleja y para influir en el comportamiento de los actores sociales.

En el segundo punto del capítulo segundo, el profesor PAREJO analiza cómo el Estado social y su Administración se han acomodado a los citados cambios, lo que se ha manifestado sobre todo en su repliegue, al no poder mantener la posición de poder y las funciones que hasta ahora ocupaba, y en la consiguiente entrega al sector privado y al mercado de tareas que, tradicionalmente, estaban a cargo de la Administración. Este proceso ha dado lugar al nacimiento del Estado garante, cuyas características fundamentales son desarrolladas con precisión en esta obra.

Lo importante es que el Estado garante no es un nuevo modelo de Estado que venga a sustituir al Estado social y democrático de Derecho, pues esa entrega no supone un repliegue del Estado sin más, implica solo un cambio en el modelo de actuación del Estado social cuya función se concentra en garantizar la satisfacción de los intereses generales, sin llevar a cabo de manera directa la actividad prestacional, que puede ser realizada por los sujetos privados y por el mercado, sobre la confianza autorreguladora de la sociedad. A este respecto, especial interés presenta el estudio que realiza sobre la gradación teórica de la responsabilidad del Estado por las condiciones de la vida social elaborada por la dogmática alemana, diferenciando

entre responsabilidad de garantía, responsabilidad de cumplimiento o ejecución y responsabilidad de financiación, y como estas dimensiones se ofrecen en función de la distintas naturalezas de las tareas o cometidos realizados.

El Estado garante cumple su función de garantía, preferentemente, por medio del Derecho, que ya no es monopolio estatal dando entrada a la autorregulación social y mediante una Administración que no encaja en el modelo clásico de aparato de ejecución, al desarrollar funciones de dirección y control de las actividades de los actores privados. Estas nuevas funciones requieren la asignación al Estado de nuevos instrumentos de actuación, al margen de los tradicionales del Derecho Administrativo de intervención. Introduce en este punto el profesor PAREJO una acertada crítica en cuanto a que las ambigüedades inherentes, en este contexto, a los conceptos de garantía y responsabilidad, suscitan expectativas que el Estado garante no puede cumplir.

Cuestión fundamental en la idea del Estado garante es el deslinde de la acción estatal y social y la determinación de aquellas tareas públicas que pueden ser atribuidas a la sociedad. Destaca que ni los textos constitucionales, ni las leyes suelen contener pronunciamientos sobre las tareas estatales o las materias que deben considerarse de la responsabilidad del Estado, sin perjuicio de lo cual, facilita el soporte de una serie de comprobaciones respecto a las tareas estatales. En ese contexto, realiza un ensayo de marco teórico desde la concepción de la Administración pública como actividad para la satisfacción de las necesidades sociales. Esta concepción, según el autor, permite proporcionar una visión de la Administración en la que se hace visible la interrelación de todas sus dimensiones funcionales: la intervención, la prestación y la configuración.

De manera precisa expone los elementos característicos del Derecho Administrativo de garantía en el que la pieza nuclear es la regulación, entendida como todo mecanismo, instrumento o medida de origen estatal en procesos sociales, en particular económicos, con la finalidad de producir un orden específico. Además, este Derecho Administrativo comprende formas jurídico-públicas y jurídico-privadas de actuación, instrumentos de aseguramiento del resultado y herramientas de dirección y control públicos y, en último término, de sustitución pública.

El modelo de Estado garante exige el desarrollo de un Derecho Administrativo desde la superación de la dicotomía clásica entre el *imperium* y la libre competencia en una fórmula nueva que los integre, toda vez que, con carácter general no es esperable que la satisfacción del interés general se produzca por la sola vía de la autorregulación social y, en particular, del mercado.

Especial atención entiende que debe dedicar el Derecho administrativo de la garantía a los problemas relacionados con: (i) la adquisición y disposición del conoci-

miento experto por parte de la Administración para realizar la función de garantía; (ii) la posición de los agentes en el mercado respecto a la Administración y a los ciudadanos, al dar lugar a la liberación de sectores a relaciones y conflictos complejos; y (iii) la necesidad de soluciones para la hipótesis de seria deficiencia o de fracaso del mercado en la producción de bienes y servicios.

En el capítulo tercero se aborda el análisis de la función pública de regulación del Estado regulador garante. Desde una primera aproximación al significado jurídico de regulación entendida como una nueva y específica función pública tendente al manejo y arreglo conforme a criterios públicos de determinados sectores de la vida económico-social, el autor acomete un análisis de depuración técnico-jurídico de la regulación, de sus dimensiones supranacional, internacional y global de la técnica, de su evolución en la Europa continental y, por último, la precisión de la función pública de regulación dotada de perfiles propios.

Considera esencial al hablar de regulación entender el alcance de la privatización como la asignación a sujetos privados de capacidades de actuación no derivables de derechos fundamentales, pues, solo en tal caso entiende que hay verdadera transferencia de tareas administrativas. Las tareas no se entregan sin más al libre mercado al implicar la retención de la vigilancia, el control y el continuado compromiso entre el interés privado y público. De ahí que ponga de manifiesto el desarrollo por la dogmática alemana de la diferenciación de la posición de deber (responsabilidad) de la Administración respecto de las tareas materialmente públicas en diversas categorías.

Sostiene la inutilidad de la simple extrapolación a nuestro Derecho europeo de la noción norteamericana de regulación dadas las sustanciales diferencias que presentan uno y otros; todo ello, sin desconocer la influencia que el modelo norteamericano ha ejercido en nuestro continente.

Al estudiar los perfiles propios de la función administrativa de regulación, pone de manifiesto la dificultad de su encuadramiento jurídico, especialmente en el Derecho Administrativo, dados los perfiles tradicionales del mismo y su descuido de los efectos y las consecuencias de la actuación administrativa, lo que incluye la dirección de procesos dirigidos a configurar la realidad. La regulación se ofrece como medio de influir en el comportamiento de sujetos en el contexto de situaciones y procesos y con el objetivo de conseguir ciertos efectos, sin que exista un concepto de regulación dotado de perfiles nítidos que permita identificar las características de los ámbitos o sectores de la realidad que deban considerarse comprendidos en un específico y diferenciado Derecho calificado como de la regulación. La aportación dogmática del Derecho de la regulación reside, principalmente, en su potencial para la sistematización jurídico-administrativa, en la medida que resulta consecuente incluir en aquel Derecho solo los sectores en los que el Estado se ha desprendido de responsabilidad

de cumplimiento de las correspondientes tareas, desprendimiento que lleva aparejado, sin embargo, una nueva tarea administrativa permanente y configuradora.

En el capítulo cuarto y último, el profesor PAREJO analiza los nuevos retos a los que se debe enfrentar el Derecho en el actual escenario de incertidumbre en el que la sociedad produce una demanda importante de innovación, para cumplir su función de orden - más necesaria que nunca-, y evitar que la sociedad se conduzca al caos.

El Derecho que ha experimentado unas transformaciones radicales como consecuencia de los cambios del mundo, se encuentra ante la exigencia social de conservar la capacidad de innovación y de resolver los problemas que de ella se derivan. De ahí que siendo la función primordial del Derecho generar seguridad jurídica para todos y proteger frente a peligros, lo normal es que se presente como impedimento frente a la innovación dados los riesgos asociados a la misma. Es evidente que cuanto mayor es el riesgo o peligro de descontrol de una innovación, tanto mayor es la demanda al Derecho. No obstante, otras veces, el Derecho se presenta frente a la innovación como incentivo y hasta como amortiguador e, incluso, recurso.

En el mundo actual, el Derecho debe regular lo nuevo antes de que sea conocido o realidad, por lo que, la incertidumbre, imprevisibilidad e insusceptibilidad de planificación se convierten en acompañantes del Derecho que en su concepción tradicional, sin embargo, busca seguridad y presupone posibilidad de planificación. Así, en cuanto a las formas de actuación administrativa, cuando se trata de innovación no sirve el Derecho clásico de intervención, al menos no de forma principal, porque las innovaciones no se pueden imponer y sí solo posibilitar o facilitar. El Derecho debe erigirse en mecanismo orientador y directivo del proceso innovador, debiendo mostrarse abierto a la innovación y asegurando una innovación responsable.

A efectos de su tratamiento jurídico, considera el autor que lo decisivo del proceso innovador es la diferenciación entre la oferta de innovación, que asume el riesgo de su realización, y la sociedad destinataria, que ha de aceptar la carga que suponen ciertos y no evitables riesgos. El proceso innovador se contempla como transformación de la incertidumbre e inseguridad asociados a toda novedad en potenciales riesgos que han de ser objeto de asignación social, analizando el autor en este punto del trabajo los elementos de esa transformación.

El Derecho está aún lejos de disponer de las herramientas adecuadas para enfrentarse a su problema básico de regular lo nuevo antes de que sea una realidad. El Derecho, según R. WOLF, al tratar los procesos innovadores se mueve en el contexto de la dicotomía Derecho público y Derecho privado, en términos de Derecho “liberador”, permisivo y articulador de los riesgos asumidos por los sujetos ordinarios, y

Derecho “delimitador” obligado para con la sociedad en su conjunto en aras a la seguridad jurídica.

Sin embargo, ambos tipos de Derecho no se sitúan en oposición, o en contradicción, no son sino dimensiones de un mismo ordenamiento, complementando el Derecho público al Derecho privado. Así, por ejemplo, el Derecho privado no excluye, sino que presupone la intervención estatal precisa para: (i) fijar los límites a las libertades y los derechos de los innovadores; y (ii) establecer las garantías que el propio tráfico jurídico demanda y, en particular, las de integridad de los derechos de creación material e inmaterial y de explotación de los inventos y creaciones frente al abuso de terceros.

En definitiva, sobre todas estas cuestiones reflexiona el profesor PAREJO en este libro, que es una obra de referencia y de obligado estudio para los investigadores y estudiosos del Derecho público interesados en identificar los cambios que se están produciendo en el Estado y en el Derecho, y en reflexionar sobre la nueva orientación que están tomando ambas instituciones, así como el perfil jurídico-administrativo de las nuevas funciones de regulación y garantía del Estado social de soberanía limitada.

David González Gil

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía sobre derecho autonómico septiembre – diciembre 2017

AA.VV.: *Gobernanza y participación en la gestión sostenible de destinos turísticos* (Edit. Diego López), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. ISBN: 978-84-9053-645-2.

AA.VV.: *Las nuevas perspectivas de la ordenación urbanística y del paisaje: smart cities y rehabilitación. Una perspectiva hispano-italiana* (Coord. Fernando García Rubio), Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local, Serie: Claves del Gobierno Local, 23, Madrid, 2017. ISBN: 978-84-943793-6-9.

AA.VV.: *Federalismo, Devolution y Gobernanza Multinivel* (Edits. Guy Lachapelle y Pablo Oñate), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. ISBN: 978-84-9143-914-1.

AA.VV.: *Participación política: deliberación y representación en las Comunidades Autónomas* (Coords. Miguel Pérez-Moneo Agapito y Joan Vintró i Castells), Ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 2017. ISBN: 978-84-7943-525-7.

AA.VV.: *Regeneración Democrática y Reforma Constitucional* (Coords. Gerardo Ruiz Rico Ruiz, Antonio Porras Nadales y Miguel Revenga Sánchez), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. ISBN: 978-84-9143-574-7.

AA.VV.: *Constitución, Política y Administración: España 2017, reflexiones para el debate* (Coord. Joaquín Martín Cubas), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. ISBN: 978-84-9143-419-1.

CRIADO SÁNCHEZ, A. J.; CORCHERO PÉREZ, M. A.: *Disciplina urbanística en Andalucía*, Ed. Fundación Formación y Desarrollo Urbanístico, Málaga, 2017. ISBN: 978-84-697-6983-6.

FOCES GIL, J. A.: *Política y educación en el Estado autonómico: desigualdades regionales y cohesión del sistema educativo. Un estudio de caso : Castilla y León*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017. ISBN: 978-84-259-1749-3.

GONZÁLEZ DE ZÁRATE LORENTE, R.: *El ordenamiento político-administrativo de los territorios forales de Euskadi*, Ed. Instituto Vasco de Administraciones Públicas, Gipuzkoa, 2017. ISBN: 978-84-7777-514-0.

SORIANO CANO, F.: *Un nuevo modelo de régimen jurídico y de los recursos humanos en la sanidad*, Ed. Universidad de Alicante, Alicante, 2017. ISBN: 978-84-9717-531-9.

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 |

Recensiones

| | |
|---|---------|
| Joan AMENOS ÁLAMO, <i>El mito de la ciudad compacta</i> , Servicio de Publicaciones de la UAB, Barcelona, diciembre de 2015 ORIOI CAUDEVILLA PARELLADA | 122-128 |
|---|---------|



I I A A A P